Rizy, Theobald,

Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse ein Versuch,
die Lehre von der Last des Beweises auf eine feste Grundlage zu stellen ;
mit vorzüglicher Rücksicht auf die österreichischen Processgesetze

Wien 1841

J.pract. 256 t
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554616-6

J. pract. 256t

Rizy

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Ueber die
# Verbindlichkeit
zur
# Beweisführung
im
# Civilprocesse.

Ein Versuch

die Lehre von der Last des Beweises auf eine feste Grundlage zu stellen; mit vorzüglicher Rücksicht auf die österreichischen Proceßgesetze

bearbeitet

von

**Dr. Theobald Rizy,**

Supplenten der Lehrkanzel des bürgl. Rechtes an der Universität zu Wien.

**Wien, 1841.**

Bei Braumüller und Seidel.

134. D.

Jus finitum esse potest et debet; sed facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit.

*Neratius.*
**Fr. 2. Dig. 22. 6.**

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seiner Excellenz

dem

hochgebornen Herrn

# Ludwig Grafen von Taaffe,

Herrn der Herrschaft Ellischau und der Güter Kollinetz, Auczin und Wlczkowitz in Böhmen; Großkreuz des österreichischen kaiserlichen Leopoldordens, Ritter des Johanniterordens, k. k. wirklichem geheimen Rathe und Kämmerer, Obersten Justiz-Präsidenten und Präsidenten der k. k. Hofcommission in Justiz-Gesetzsachen, dann des obersten Gefälls-Gerichtes; Curator der k. k. Theresianischen Ritter-Academie, Doctor der Rechte; Mitgliede der juridischen Facultät und emeritirtem Rector Magnificus an der Wiener Universität ꝛc. ꝛc.

in tiefster Ehrfurcht

gewidmet.

## Euer Excellenz!

Indem mir die gnädigste Erlaubniß zu Theil wird, diesen anspruchlosen Versuch mit einem so glänzenden Namen schmücken zu dürfen, fühle ich mehr als jemals die Unzulänglichkeit meiner Leistung. Zugleich aber erhebt mich der Gedanke, daß **Euer Excellenz** auf meine unbedeutenden Bestrebungen im Gebiete der Rechtswissenschaft nicht ohne Theilnahme herabzublicken würdigten,

und das Gefühl der Dankbarkeit, von welchem ich für diese ausgezeichnete Gnade durchdrungen bin, wird mir ein besonderer Antrieb seyn, mich derselben würdig zu machen.

**Der Verfasser.**

# Vorrede.

Seit mehreren Jahren mit den Vorstudien zu einer systematischen Darstellung der Vermuthungen des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches beschäftigt, gewann ich bald die Ueberzeugung, daß das Gelingen meiner Arbeit vor Allem ein vollkommenes Verständniß über die Lehre von der Last des Beweises voraussetze. Ich ließ mich daher in die vorläufige Untersuchung dieses Gegenstandes um so eifriger ein, da sich mir das Bedürfniß, hierüber zur Klarheit zu gelangen, in der Praxis schon längst sehr fühlbar gemacht hatte. Die gegenwärtig gangbare Ansicht, welche bei dieser Materie den in der älteren Schule als wesentlich aufgenommenen Unterschied zwischen bejahenden und verneinenden Sätzen verwirft, konnte mir auf dem Standpunkte, welchen ich betreten hatte, durchaus nicht genügen. Dagegen wurde ich durch die

Theorien der älteren und ältesten Processualisten unwillkührlich angezogen. Ich suchte das Wesentliche ihrer Lehrsätze und Distinctionen von der störenden Zuthat einer oft falschen Gelehrsamkeit zu trennen; und dort, wo sie die Ergebnisse eines reinen und lebhaften Rechtsgefühles mit der beliebten Spitzfindigkeit ihrer Zeit durch Scheingründe rechtfertigen wollten, bemühte ich mich, die echten und haltbaren Gründe aus der Natur der Sache zu entwickeln. — Das Resultat dieser Forschungen schien meine Vorliebe für die ältere Schule vollkommen zu rechtfertigen. Es hat sich beinahe unversehens zu einem selbstständigen Werkchen entwickelt, welches ich nach sorgfältiger Umarbeitung dem juridischen Publicum vorzulegen wage.

Da ich hauptsächlich darauf ausgehe, jene uralten Grundsätze, welche die größten Rechtslehrer aller früheren Jahrhunderte beinahe ohne Widerspruch gelehrt hatten, durch strenge Fixirung der Begriffe zu läutern, und aus der Philosophie des Beweises zu begründen, so kann mich wenigstens der Vorwurf jener bedenklichen Neuerungssucht nicht treffen, womit so manche jüngere Schriftsteller Anstoß geben. Der vorliegende Versuch hat nichts mit den abenteuerlichen Bestrebungen dieser Adepten der Literatur ge-

mein. Er ist vielmehr der anspruchlosen Arbeit eines Alterthümlers zu vergleichen, durch dessen stillen Fleiß verschüttete Schätze der Vorzeit der Vergessenheit entrissen, und dem Kenner oder Liebhaber wieder zugänglich gemacht werden sollen.

Wenn es mir hierbei gegönnt war, der Pietät gegen die alten Meister unserer Kunst aus vollstem Herzensgrunde zu genügen, so durfte ich andererseits auch keinen Anstand nehmen, wider die Ansichten der Neueren polemisch zu verfahren, und also den größten Autoritäten der Jetztzeit entgegenzutreten. Daß dieß überall mit jener aufrichtigen Bescheidenheit geschehen ist, welche das hohe Verdienst so ausgezeichneter Widersacher in Anspruch nimmt, versteht sich von selbst. — Uebrigens hoffe ich nachzuweisen, das selbst unsere entschiedensten Gegner die hier vertheidigten Principien, welche sie mit Worten so eifrig bekämpfen, der Sache nach anzuerkennen genöthigt sind.

Diese auffallende Erscheinung läßt sich nur durch die gänzliche Sprachverwirrung erklären, welche in diesem Theile der Proceßlehre eingerissen ist. So lange es in der Wissenschaft Worte gibt, bei denen man nach Belieben bald dieses bald jenes denkt, und welche Jeder ganz wohl zu

verstehen meint, weil er sie von jeher gebraucht hat, ohne auf ihre Bedeutung sonderlich zu achten, so lange wird es auch nicht an Mißverständnissen fehlen, dergleichen sie die Lehre von der Beweislast in reichlichem Maße aufzuweisen hat.

Ich habe es deßhalb für meine vorzüglichste Aufgabe gehalten, die hierher gehörigen entscheidenden Begriffe zur möglichsten Klarheit und Deutlichkeit zu entwickeln. Ist mir dieses auch nur theilweise gelungen, so wird meine Arbeit auf keinen Fall ganz ohne Nutzen seyn. Die scharfen Begriffsbestimmungen, welche ich zu liefern gesucht habe, müssen auf diesem oder jenem Wege zur Entdeckung der Wahrheit führen; und sie würden ihre Geltung selbst dann behalten, wenn wirklich die von mir vertheidigten Grundsätze verwerflich wären.

Ob es mir glücken werde, das juridische Publicum von der Richtigkeit dieser Grundsätze zu überzeugen, ist freilich eine ganz andere Frage. Die Masse der zu berichtigenden Irrthümer und die ungewöhnliche Subtilität des Gegenstandes erfordern eine so freie Beherrschung des Stoffes und eine so gerundete Darstellung, daß ich an dem vollkommenen Gelingen meines Unternehmens billig zweifeln muß. Inzwischen wird der

Kenner die Mängel der Ausführung mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Aufgabe schonend zu beurtheilen wissen.

Der sachverständige Leser wird es nicht ungerne sehen, daß meine Arbeit, so wie sie zunächst aus einem praktischen Bedürfnisse hervorgegangen ist, sich überall auch an die Praxis anzuschließen strebt. Ich habe durchgehends auf die Entscheidungen Rücksicht genommen, welche im wirklichen Leben bei der Vertheilung der Beweislast erfolgen; und beinahe durchgehends ward mir die Bestättigung, daß unsere Justizmänner durch ein unabweisliches Rechtsgefühl geleitet, mit den Grundsätzen der alten Schule zusammentreffen, wenn sie gleich von herkömmlichen Vorurtheilen befangen sich als Anhänger derselben nicht bekennen wollen. Eine wissenschaftliche Abhandlung, welche dieselben Principien klar auszusprechen und fest zu begründen strebt, von denen die Praxis sich ohnehin bisher unbewußt leiten ließ, sollte dem Praktiker nicht ganz unwillkommen seyn.

Dem billigen Wunsche des theoretisch gebildeten Juristen suchte ich auch dadurch nach Thunlichkeit zu genügen, daß ich die Literatur meines Gegenstandes, insoferne sie mir zugänglich war, gewissenhaft benützte. Ich glaube auch in

dieser Beziehung nichts Wesentliches übersehen zu haben. Den Mangel an Vollständigkeit kann ich nur durch die Bemerkung entschuldigen, daß mir keine auch nur einigermaßen wohlversehene Bibliothek zu Gebothe stand.

Hiermit überliefere ich die Frucht meines Fleißes der Nachsicht und Theilnahme Derjenigen welche hierüber zu urtheilen berufen sind.

Wien im März 1840.

**Rizy.**

# Inhalt.

## Einleitung.


| | | Seite |
|---|---|---|
| §. 1. | Beweis und Beweislast. — Nothwendigkeit fester Grundsätze über die Verbindlichkeit zur Beweisführung . . . . . . . . . . . . . | 1 |
| §. 2. | Object und Subject der Beweislast. — Von dem Objecte der Beweislast insbesondere. Reine Auffassung dieses Begriffes . . . . . . . . . | 6 |
| §. 3. | Von dem Subjecte der Beweislast insbesondere. — Die Bestimmung desselben ist die wichtigste und schwierigste Aufgabe der Beweislehre. . . . . | 14 |
| §. 4. | Begriff des Factums im Gegensatze zu Vernunftwahrheiten . . . . . . . . . . . . | 19 |
| §. 5. | Kritik der verschiedenen Bedeutungen, in welchen das Wort Factum vorkommt . . . . . . | 23 |
| §. 6. | Die Eintheilung der Facta in positive und negative ist unpassend . . . . . . . . . | 34 |

Seite

§. 7. Bejahende und verneinende Sätze im formellen und materiellen Sinne. — Realkriterium positiver und negativer Behauptungen . . . . . . . . 38

§. 8. Beseitigung der gegen das Realkriterium bejahender und verneinender Sätze von Weber erhobenen Bedenken . . . . . . . . . . . . 44

§. 9. Beurtheilung einiger anderer Bedenken, welche der Anwendbarkeit des Realkriteriums bejahender und verneinender Sätze entgegenzustehen scheinen . . 50

§. 10. Regeln des römischen Rechtes über die Beweislast. — Verschiedene Auslegung derselben . . 55

§. 11. Uebersicht der in der Doctrin vorkommenden Haupttheorien. — Ordnung der Materie dieser Abhandlung . . . . . . . . . . . 63

## Erster Abschnitt.

### Kritik der Weber'schen Theorie.

§. 12. Andeutungen über die geschichtliche Entwicklung dieser Theorie. — Versuche ihrer Anhänger, den obersten Grundsatz für die Lehre von der Beweislast in entsprechender Form darzustellen . . . 69

§. 13. Der Weber'sche Hauptgrundsatz ist kein selbstständiges Princip. — Er setzt die Begriffe von Klage-

Seite

grund und Exceptionen (Repliken und Dupliken) als gegeben voraus . . . . . . . . . . 81

§. 14. I. Die Begriffe des Klagegrundes und der Exceptionen sind in den Gesetzen und in der Sprache des Gerichtsgebrauches nicht verläßlich bestimmt. — Historische Entwicklung des Begriffes der Exceptionen . . . . . . . . . . . . . . 87

§. 15. Was gegenwärtig unter dem Namen Einwendung vorkommt, gehört nicht immer unter diesen Begriff . . . . . . . . . . . . . . 93

§. 16. II. Mißlungene Versuche der Neueren, die Begriffe von Klagegrund und Einwendung (Replik und Duplik) auf philosophischem Wege durch die Unterscheidung rechtserzeugender, rechtshindernder und rechtszerstörender Thatsachen ohne Rücksicht auf den Unterschied bejahender und verneinender Sätze zu bestimmen . . . . . . . . . . . . 99

§. 17. A. Rechtserzeugende Thatsachen können immer nur Facta im eigentlichen Sinne seyn. — Non-Facta sind daher nicht zu beweisen, wenn sie gleich a) von den Parteien als negative Bedingungen der Rechtsentstehung gesetzt worden sind . . . . . . . . . . . . . . . . 106

§. 18. b) Der Beweis einer Negative kann auch dann nicht gefordert werden, wenn dieselbe die Entstehung des Rechtes nach der Natur der Sache oder nach Anordnung des Gesetzes bedingt . . 127

Seite

§. 19. B. Rechtshindernde Thatsachen können ebenfalls nur Facta im eigentlichen Sinne seyn. — Zweierlei Arten von Rechtshindernissen . . 135

§. 20. C. Auch als rechtszerstörende Thatsachen dürfen immer nur Facta im eigentlichen Sinne angesehen werden . . . . . . . 144

§. 21. Resultat der vorausgegangenen Kritik. — Die von Weber und seinen Anhängern aufgestellte Theorie hat kein selbstständiges Princip, und muß durch die Rücksicht auf das Realkriterium bejahender und verneinender Sätze ergänzt werden . . . . . 148

---

## Zweiter Abschnitt.

Rechtfertigung der Regel: Affirmanti, non neganti incumbit probatio.

Seite

§. 22. Historische Andeutungen über die Entstehung und Ausbildung dieser Regel. — Ihre Herrschaft im siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderte. — Ansichten ihrer neueren Anhänger . . . . . 155

§. 23. Der Satz: Affirmanti, non neganti incumbit probatio ist im römischen Rechte gegründet. — Die dagegen angeführten Stellen beweisen nicht das Gegentheil . . . . . . . . . . . 175

§. 24. Der Grund dieser Regel liegt nicht in der Unmöglichkeit des Beweises negativer Behauptungen . . 185

Seite

§. 25. Die Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** gründet sich auf die Theorie der Wahrscheinlichkeit. — Für jeden realverneinenden Satz, welcher keine Bejahung einschließt, streitet die Vermuthung . . . . . . . . . . . . . 189

§. 26. Wichtigkeit des Realkriteriums bejahender und verneinender Sätze bei Anwendung des obersten Grundsatzes der Beweislast . . . . . . . . . 195

§. 27. Grenzen der Anwendbarkeit des Realkriteriums positiver und negativer Behauptungen. — Die Regel: **Actori incumbit probatio** ist ein unentbehrlicher Aushilfssatz für die Lehre von der Last des Beweises . . . . . . . . . . . . . . 198

§. 28. Beurtheilung der Präsumtionstheorie. — Sie beruht auf keinem selbstständigen Principe . . . 200

---

## Dritter Abschnitt.

### Erklärung der in Österreich geltenden Regel: **Factum alleganti incumbit probatio.**

§. 29. Diese Regel läßt eine doppelte Auslegung zu . . 203

§. 30. Rückblick auf die älteren Proceßgesetze Österreichs, und die daselbst früher herrschenden Grundsätze über die Beweislast . . . . . . . . . . 208

§. 31. Ansichten der Commentatoren der allgemeinen Gerichtsordnung . . . . . . . . . . 215

* *

Seite

§. 32. Kritik der vom Herrn Professor Fischer aufgestellten Theorie . . . . . . . . . . 221

§. 33. Fortsetzung . . . . . . . . . . . . . 231

§. 34. Beurtheilung der Schuster'schen Lehre über die Beweislast . . . . . . . . . . . 237

§. 35. Übersicht der gewonnenen Resultate . . . . 245

Ueber die

# Verbindlichkeit zur Beweisführung

im

# Civilprocesse.

# Einleitung.

## §. 1.

### Beweis und Beweislast. — Nothwendigkeit fester Grundsätze über die Verbindlichkeit zur Beweisführung.

Das Recht, welches der Richter durch seinen Ausspruch formalisiren, und durch Hilfe der öffentlichen Zwangsgewalt verwirklichen soll, ist — so lehrt man uns — das Ergebniß eines Gesetzes und einer Thatsache, welche unter das Gesetz subsumirt, das richterliche Urtheil vermittelt *).

Die von dem Staatsoberhaupte bestimmten Rechtsbegriffe und Rechtsnormen ist der Richter als solcher zu kennen verbunden, und der Gesetzgeber verlangt von ihm ausdrücklich, daß er sich die Gesetze von Amtswegen gegenwärtig halte,

*) S. des Herrn Vicepräsidenten Karl Freih. von Pratobevera Erörterung über das eilfte Kapitel der Gerichtsordnung: von dem Beweise; in dessen Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österr. Staaten. II. Band, I. Stück; — des Herrn Professor's Wagner Vorbegriffe aus der Theorie des Beweises im Civilprocesse; in dessen Zeitschrift für österr. Rechtsgel. Jahrg. 1829. Hauptblatt, II. Band, XXXIX. Stück.

und sie in Anwendung bringe, wenn sie auch von den Parteien gar nicht, oder irrig angeführt worden wären *). Die specielle Thatsache aber, welche unter Voraussetzung jenes allgemeinen Gesetzes das Recht erzeugen soll, ist dem Richter nicht nothwendig bekannt; ja sie muß demselben durch eine von außen kommende Bestätigung selbst dann gewiß gemacht werden, wenn ihm ausnahmsweise eine zufällige Bekanntschaft mit dem thatsächlichen Substrate des Urtheiles zugleich die Befähigung eines Zeugen ertheilte **). Hiemit ist die Nothwendigkeit eines Beweises überhaupt ersichtlich, und die Sorgfalt im Allgemeinen erklärt, welche die Gesetzgebungen aller civilisirten Völker auf die nähere Bestimmung der Beweismittel, und auf die Normirung der Beweisführung verwendet haben.

Die Verbindlichkeit der Parteien, den Beweis jener Thatumstände zu übernehmen, von welchen die Entscheidung ihres Rechtsstreites abhängt, wird mit gutem Grunde als etwas sehr beschwerliches angesehen, und überall hört man über die Last des Beweises (Beweislast, **onus probandi**) klagen. Denn, — um nichts von dem Kostenaufwande und von dem Zeitverluste zu reden, den die Führung des Beweises gewöhnlich nach sich zieht, — der Fall, daß ein Proceßtheil bei dem besten Rechte einzig und allein unter dem Gewichte dieser Last erliegt, gehört zu den alltäglichen; und die Partei, welche dieser Beschwerde enthoben ist, genießt hiedurch allein schon einen Vortheil, der ihr nicht selten zum Siege verhilft.

---

*) Justizhofd. vom **15.** Juni **1787** lit. ii. J. G. S. **12** n. **621.**

**) Wagner a. a. O.

Nichts natürlicher also, als daß bei der Verhandlung von Rechtssachen das Bestreben der Parteien zunächst dahin gerichtet ist, die gefürchtete Last des Beweises von sich ab auf die Schultern des Gegners zu wälzen. Von diesem natürlichen Antriebe geleitet häuft nicht nur die Arglist Sophismen auf, um das klare Rechtsgefühl des Richters zu trüben; auch der plumpe Unverstand baut in tölpischer Ängstlichkeit Labyrinthe widersprechender Behauptungen, aus welchen sich selbst der hellste Verstand nur mit Mühe herausfindet. — Man darf ungescheut behaupten, daß dieß eine der dunkelsten Schattenseiten unserer Proceßschriften ist, welche so nicht selten zu einem Schandflecken für den Tempel der Themis werden, und den unverdrossensten Diener desselben mit Ekel und Widerwillen sättigen. Die Aufstellung zuverlässiger Grundsätze über die Last des Beweises müßte höchst wünschenswerth erscheinen, wenn es sich auch nur darum handelte, dergleichen geisttödtenden Sudeleien und ärgerlichen Rabulistenkunststückchen ungeschickter und unredlicher Schriftenverfasser ein Ziel zu setzen.

Das Bedürfniß solcher Grundsätze stellt sich aber um so dringender dar, wenn man die Lage des Richters bedenkt, welcher nun die durch bösen Willen oder Ungeschick der Parteien verworrenen Fäden entwirren, durch vielfach verschlungene Kreuz- und Querwege den einzig richtigen Pfad zur rechtlichen Entscheidung finden soll. Auf das Rechtsgefühl des Entscheidenden allein darf man uns hiebei nicht verweisen. Denn wie vernehmlich auch die Stimme dieses unschätzbaren Gefühls zu dem Richter sprechen mag, die Stelle rechtlicher Grundsätze wird es niemals auszufüllen im Stande seyn. Ein dunkles Bewußtseyn des Rechtes, (und dunkel ist jedes Gefühl seinem Begriffe nach) kann nimmer-

mehr die klare Erkenntniß ersetzen. Wenn wir den Richter bei den wichtigsten Punkten der Entscheidung der Leitung seines Rechtsgefühls überlassen wollen, wer bürgt uns dann für die Verläßlichkeit dieses Führers? Etwa das gleichgestimmte Gefühl eines höhern Richters? Wie leicht kann nicht auch dieses täuschen! — Oder die Übereinstimmung der Gelehrten? Wann wäre diese ohne eine vorläufige Verständigung über die Grundsätze bewirkt worden! — Oder gar der Beifall des ungelehrten Publikums? — Gott behüthe!

Der Staatsbürger wird nur dann mit genügender Beruhigung der Entscheidung seiner Rechtsangelegenheiten entgegensehen, wenn über dieselben nach unwandelbaren Regeln erkannt wird. Denn nur unter dieser Voraussetzung läßt sich jeder absichtliche oder zufällige Mißgriff alsogleich nachweisen; und der unvermeidliche Nachtheil, welchen man vielleicht hie und da durch die Strenge des unbeugsamen Gesetzes zu leiden hat, wird viel leichter ertragen, als die Willkühr eines schlechtgesinnten Richters, welcher hinter dem Bollwerke jenes vorgeblichen Rechtsgefühles ungestraft jedem Angriffe trotzt. — Das richterliche Ermessen wird mit Recht der Doppelgänger der Willkühr genannt, und von erleuchteten Gesetzgebungen in enge Gränzen eingeschlossen *).

*) Wie sorgfältig dieß in den österreichischen Proceßgesetzen überhaupt, und insbesondere in der Partie, welche vom Beweise handelt, geschehen sey, wird Jedermann bei einiger Aufmerksamkeit erkennen. Die genaue Bestimmung der Beweismittel und ihrer Beschaffenheit (Kap. XII.—XXII. d. G. O.), die Ausschließung der gemeinen Vermuthun-

Daher finden wir auch in den Proceßnormen älterer und neuerer Zeit an die Spitze der Lehre vom Beweise sehr sorgfältig bestimmte Regeln über die Last des Beweises hingestellt, deren Kritik und Berichtigung die Theorie von jeher zu einem Gegenstande ihrer eifrigsten Untersuchungen gemacht hat.

Es gibt keinen Theil des Civilrechtes, welcher zugleich wichtiger und streitiger wäre, als eben dieser. Wenn man aber die große Masse desjenigen überblickt, was hierüber geschrieben und gedruckt worden ist, so kann man nicht umhin, die Bemerkung zu machen, daß es auch hier, wie bei so vielen andern Streitfragen großentheils an einer Verständigung über die Hauptbegriffe mangelte, und daß man von untergeordneten Standpunkten ausgehend, oder an täuschenden Einzelnheiten haftend oft gänzlich Irrthümliches, nur selten mehr als Halbwahres, und selbst das völlig Wahre gar häufig aus falschen Gründen vertheidigte, welche dann in weiterer Anwendung auf störende Irrthümer führen mußten.

---

gen (§. 105 d. allg., §. 171 d. gal. G. O.), die deutlich festgesetzte Abgränzung des vollständigen und halben Beweises läßt keinen Zweifel hierüber zu; und die wenigen Punkte, in welchen dem richterlichen Ermessen ausdrücklich eine Wirksamkeit eingeräumt wird, können nur als Ausnahmen betrachtet werden, welche die entgegenstehende Regel bestätigen. — Vergl. Wagner a. a. O. S. 343, u. f. Zu den dort citirten Stellen, welche dem richterlichen Ermessen Raum geben, dürfte wohl noch der §. 278 der gal., §. 364 der allg., §. 481 der gal. G. O. und das Hofd. vom 16. Dec. 1791. J. G. S. n. 227 hinzugefügt werden.

Die Aufgabe des vorliegenden Versuches ist es, alle bedeutsamen Ansichten, welche sich im Laufe der Zeiten über diesen Gegenstand geltend gemacht haben, mit einer bescheidenen, aber unbefangenen Kritik zu beleuchten.

Zu diesem Ende ist es zuvörderst nöthig bei einigen Vorbegriffen länger zu verweilen, als wohl sonst zu geschehen pflegt.

§. 2.

**Object und Subject der Beweislast. — Von dem Objecte der Beweislast insbesondere. Reine Auffassung dieses Begriffes.**

Überall, wo von der Last des Beweises die Rede ist, wird das Object und Subject der Beweisführung und der Beweislast abgesondert behandelt, und obgleich sich nicht wohl bestimmen läßt, **wer** zu beweisen habe, wenn man nicht zugleich darauf reflectirt, **was** zu beweisen sey, — so kann man doch über das Object der Beweislast an und für sich betrachtet gar manches förderndes anbringen, ohne zugleich des Subjectes derselben zu gedenken; und eben diese gesonderte Behandlung des Gegenstandes führt auf eine Ansicht, welche das Verständniß über das Eigenthümliche unserer Aufgabe merklich erleichtert.

Als **Object** der Beweisführung und folglich auch der Beweislast pflegt man ganz allgemein und obenhin **Thatsachen** (facta) oder doch **die auf Thatsachen sich beziehenden Behauptungen der Parteien** zu bezeichnen. Hiebei darf vorläufig schon nicht unbemerkt bleiben, daß die Thatsache mit allen Merkmahlen, mit welchen sie von einer bestimmten Partei angeführt wird, (die individualisirte Behauptung des Klägers oder des Geklagten) den Gegenstand

der Beweisführung nicht rein darstellt, sondern durch ihre Beziehung auf den Proceßtheil, von welchem sie ausgeht, zugleich ein subjectives Moment zur Anschauung bringt. Wenn es sich z. B. um die Farbe eines Pferdes handelt, indem der Kläger ein schwarzes Pferd übergeben zu haben behauptet, während der Geklagte vorgibt, ein Pferd von brauner Farbe erhalten zu haben, und es wird nun ausgesprochen, der Umstand, daß ein schwarzes Pferd übergeben worden, sey der Gegenstand der Beweislast, so ist hiemit auch schon entschieden, daß der Kläger beweisen müsse. Man hat über das Object und Subject zugleich erkannt. — Soll der Gegenstand der Beweisführung ohne diese subjective Zuthat dargestellt werden, so muß man, abgesehen von den bestimmten Anführungen der einzelnen Streittheile den Fragepunkt ganz im Allgemeinen herausheben, über welchen Entgegengesetztes behauptet wird. In dem Falle des gewählten Beispieles ist es also eigentlich geradezu die Farbe des Pferdes, an und für sich betrachtet, worin wir das reine Object der Beweisführung erkennen.

Auf die Frage: was zu beweisen sey, kann man zuerst die Sache ganz allgemein auffassend als negative Abgränzung die Antwort geben, daß nie etwas anderes als die geschichtliche (factische) Grundlage des Processes Gegenstand des Beweises werden könne. Aber natürlicher Weise müssen bei weitem nicht alle Momente dieser geschichtlichen Grundlage, sondern nur diejenigen bewiesen werden, welche a) streitig, b) ungewiß und c) entscheidend sind *).

---

*) Mater. a. a. O. — Gensler: Über die Begriffe Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweis-

Hiezu nur wenige Bemerkungen:

a) Der zur geschichtlichen Grundlage des Processes gehörige Moment, welcher Gegenstand der Beweislast werden soll, muß immer streitig seyn, d. h. es müssen die Parteien rücksichtlich desselben Entgegengesetztes behaupten. Die vorliegende Behauptung des einen Theiles wird aber in Österreich nur durch den ausdrücklichen und deutlichen Widerspruch des andern Theiles streitig (§. 11 der allg. und gal. G. O.), weil völliges Stillschweigen oder undeutliche Beantwortung als ein Geständniß gedeutet, und so immer die positive Litiscontestation fingirt wird *).

b) Daß der in Frage stehende streitige Moment des Factums an und für sich ungewiß seyn müsse, um eines Beweises zu bedürfen, versteht sich ebenfalls von selbst. In wie fern aber Gewißheit über derlei Momente auch ohne Beweis vorhanden sey, das ist allerdings eine schwierigere Frage. Daß eingestandene und bereits erwiesene Umstände nicht mehr als ungewiß betrachtet werden dürfen,

---

satz, Schluß — im Archiv für civ. Praxis I. Band, XXIII. Stück, §. 17.

*) §§. 29 und 36 der allg., §§. 25 und 32 der gal. G. O., womit die preußischen, sächsischen und manche andere deutsche Landesgesetze übereinstimmen; während das gemeine Recht nach Anordnung der C. G. O. vom J. 1555 die negative Litiscontestation fingirt, und als Strafe des Ungehorsams (poena contumaciae) nur die Präclusion der Einwendungen verhängt. — Man vergleiche den Aufsatz des Herrn Prof. Haimerl: Über Litiscontestation und Einwendung u. s. w. in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. Jahrgang 1839, 1. Heft, Stück I.

wird freilich allgemein zugegeben. Aber man pflegt hier gewöhnlich auch notorische Thatsachen und solche, für welche eine gesetzliche Vermuthung streitet, als von vorne herein gewisse zu bezeichnen *), und in dieser Beziehung drängen sich nahmhafte Bedenken auf. Wir lassen dieselben an diesem Platze dahin gestellt seyn, denn der Streit über den Begriff der Notorietät und deren Einfluß auf die Last des Beweises ist eine Detailfrage untergeordneten Ranges, und gehört zwar in eine allgemeine Beweislehre, nicht aber in eine Abhandlung, welche sich nur mit dem obersten Grundsatze derselben beschäftigt. In einer viel näheren Beziehung zu diesem Grundsatze stehen die Vermuthungen, und da es nicht an Proceßrechtslehrern fehlt, welche die ganze Theorie der Beweislast auf die Lehre der rechtlichen Vermuthungen gründen, so werden wir auf diese Lehre später Rücksicht zu nehmen genöthigt seyn.

c) Der Beweis hat nur den Zweck, die Schöpfung eines gründlichen Urtheils möglich zu machen, — und die Abforderung eines Beweises ist also nur dann rechtlich, wenn dieser sich wirklich als ein taugliches Mittel zu jenem Zwecke darstellt. Hieraus folgt, daß nur über solche Momente des Factums ein Beweis aufgelegt werden dürfe, deren Verificirung auf die Fällung des Urtheils entscheidenden Einfluß nimmt. Die Frage aber, welche Momente in der geschicht-

*) Wir verweisen deßhalb auf die trefflichen Bemerkungen, welche über diesen Gegenstand in den Materialien a. a. O., und in der Beweislehre des Herrn Appell. Rathes Kitka, Wien 1836; — dann bei Schneider, Weber, Gensler, Martin, u. A. zu finden sind.

lichen Grundlage des Processes, wahrhaft entscheidend seyen, ist begreiflicher Weise nicht aus der Proceßordnung sondern aus den die Materie des Rechtes normirenden Gesetzen zu entnehmen. —

Nur darf hier die Bemerkung nicht übergangen werden, daß die Entscheidung streitiger Rechtsangelegenheiten nicht selten von der Erörterung mehrerer solcher streitiger und ungewisser Fragepunkte abhängt, wodurch die Vertheilung der Beweislast bedeutend erschwert wird. — Man nehme z. B. an, der Geklagte widerspreche, das eingeklagte Darleihen empfangen zu haben, und bringe zugleich vor, es sey nach der Zeit des angeblich gegebenen Darleihens ein Vergleich über sämmtliche zwischen beiden Theilen damals bestehende Forderungen und Gegenforderungen geschlossen worden; der Kläger dagegen behauptet, dieser Vergleich sey nicht zu Stande gekommen; übrigens sey er (Kläger) zur Zeit, da dieser Vertrag geschlossen worden seyn soll, als erklärter Verschwender unter Curatel gestanden, und folglich unfähig gewesen, rechtsgültig zu pactiren. — Hier sind in der geschichtlichen Grundlage der Rechtssache mehrere streitige und ungewisse Fragepunkte hervorgekommen, deren Beantwortung möglicher Weise entscheidend auf das Urtheil wirken kann. Denn unter gewissen Voraussetzungen muß sich der Richter über jeden dieser drei Punkte Gewißheit zu verschaffen suchen, und folglich über jeden derselben die Parteien mit der Zumuthung eines Beweises belästigen. Unter andern Bedingungen dagegen mag es geschehen, daß er sich mit der Erörterung des Einen oder des Andern der erwähnten Punkte zu begnügen hat. In unserm Beispiele stellt sich nämlich zuvörderst nur die Frage als entscheidend dar, ob wirklich ein Darleihen gegeben worden

sey oder nicht. Denn von der Beantwortung dieser Frage hängt die Entscheidung ab, ob das in der Klage behauptete Recht schon an und für sich, d. h. abgesehen von den Einwendungen des Geklagten bestehe, oder nicht. Kann der Richter schon diese erste Frage nach den vorliegenden Beweisen und allfälligen Gegenbeweisen nicht als bejahend beantwortet betrachten, so ist es begreiflicher Weise gänzlich überflüssig, noch weiter nachzuforschen, was es mit dem vorgeschützten Vergleiche und mit der angeblichen Unfähigkeit des Klägers zur Zeit, da jener Vergleich abgeschlossen worden seyn sollte, für eine Bewandtniß habe. — Muß aber die Gebung des Darleihens als gewiß angesehen werden, dann kommt zweitens die weitere Frage an die Reihe, ob wirklich ein Vergleich inmitten liege oder nicht. Denn hievon hängt die Entscheidung ab, ob das aus dem Darleihen ursprünglich entstandene Recht nachmals aufgehoben worden sey oder nicht. Kann sich der Richter diese zweite Frage aus den vorliegenden Behelfen nicht bejahend beantworten, so behebt sich jedes weitere Bedenken, es muß auf die Zurückzahlung des Darleihens ohne weiters erkannt werden. — Ist es aber offenbar geworden, daß die streitenden Theile nach der Zeit des gegebenen Darleihens einen Vergleich über ihre sämmtlichen Forderungen und Gegenforderungen abgeschlossen haben, dann erst frägt es sich drittens, ob der Kläger wirklich, wie er behauptet, zur Zeit der Abschließung dieses Vergleiches unter Curatel gestanden habe oder nicht. — Kurz die angeführten Momente, welche möglicher Weise von Einfluß auf die Entscheidung der Rechtssache seyn können, sind es nicht alle zugleich; sie werden nur nach einer gewissen Ordnung wirkliches Object der Beweisführung, und man kann als Grundsatz gelten lassen: von der geschichtli-

chen Grundlage des Processes sey zuerst 1. derjenige Theil ins Klare zu setzen, welcher mit dem Grunde der Klage zusammenhängt; sohin, jedoch nur nach Maßgabe der Umstände 2. derjenige Theil, welcher auf die Einwendungen des Geklagten sich bezieht; weiters abermals nur unter gewissen Bedingungen 3. dasjenige, was mit den Repliken des Klägers im Zusammenhange steht; und endlich 4. dasjenige, worauf sich die Dupliken des Geklagten gründen u. s. w.

Diese in der Natur der Sache und in den Denkgesetzen begründete Ordnung, welche schon von den klassischen Juristen des Alterthums bezeichnend ausgesprochen *), und bis auf unsere Tage, weder in der Theorie noch in der Praxis beanständet worden ist, muß freilich auch auf die Bestimmung der Beweislast und ihres Subjectes einen negativen Einfluß nehmen, weil aus derselben wenigstens das zu entnehmen ist, daß über gewisse Streitpunkte keine Partei mit Beweis zu belästigen ist; allein zunächst berührt sie dennoch lediglich das Object der Beweisführung. Denn sie bestimmt ja nur, in wiefern der Richter über jeden einzelnen gegebenen Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes überhaupt Aufklärung von den Parteien verlangen dürfe, ohne weiter anzugeben, welcher von den beiden Streittheilen die lästige Obliegenheit habe, seine über einen einzelnen als entscheidend erkannten Streitpunkt vorgebrachten Behauptung zu erweisen. Diese Frage über das Subject der

---

*) L. 1 et 19. Cod. De prob. (4. 19) — fr. 19. Dig. de prob. (22. 3) — L. 9. Cod. De except. (8—36.) — L. fin. Cod. ad Leg. Corn. de fals. Verb. (9. 22.)

Beweislast gehört eigentlich der Proceßgesetzgebung an, und ist sehr wesentlich verschieden von jener andern über das Object der Beweisführung, welche in das Bereich des bürgerlichen Rechtes gehört.

Indessen fehlt es nicht an Schriftstellern, welche, ohne hierauf im Mindesten zu achten, nach der so eben bemerklich gemachten, das Object der Beweisführung bestimmenden Ordnung, ohne weiters auch das Subject der Beweislast bestimmen zu können meinen, und die ganze Sache damit für erledigt halten, daß sie lehren: es habe zuerst 1. der Kläger den Grund seiner Klage; sohin 2. der Geklagte seine Einwendungen zu beweisen; erst nach Herstellung dieses Beweises käme die Reihe abermals 3) an den Kläger, welcher die bewiesenen Einwendungen durch Darthuung seiner Repliken, und sohin neuerlich 4. an den Geklagten, welcher die erprobten Repliken durch den Beweis der Dupliken entkräften müsse.

Wie oberflächlich und ungenügend eine solche Darstellung sey, welche sich wunderbarer Weise bei den meisten und ausgezeichnetsten Proceßrechtslehrern der neueren Zeit findet, wird der weitere Inhalt dieses Versuches zur Genüge darthun. An diesem Platze genügt es vorläufig auf den wesentlichen Unterschied zwischen dem Objecte und Subjecte der Beweisführung aufmerksam gemacht zu haben, und ihn der Berücksichtigung der Leser um so dringender zu empfehlen, da es eben die Mißkennung dieses wesentlichen Unterschiedes ist, was die größte Unsicherheit und Verwirrung in die Lehre von der Last des Beweises gebracht hat.

## §. 3.

**Von dem Subjecte der Beweislast insbesondere. — Die Bestimmung desselben ist die wichtigste und schwierigste Aufgabe der Beweislehre.**

Subject der Beweisführung und der Beweislast können (insbesondere bei der Verhandlungsmaxime) natürlich nur die streitenden Parteien seyn *).

Soviel ist gewiß, daß der Richter, sobald er in der geschichtlichen Grundlage des Processes einen streitigen und an sich ungewissen Fragepunkt nicht nur im Allgemeinen und möglicher Weise, sondern auch nach der besonderen Lage des Processes (nämlich mit Rücksicht auf die bereits über andere Fragepunkte vorliegenden Beweise) wirklich entscheidend findet, überhaupt berechtigt sey, von den Parteien die nöthigen Aufklärungen hierüber zu verlangen. Allein damit ist, wie bereits bemerkt, über das eigentliche Subject der Beweislast noch nichts Ausreichendes bestimmt. Denn da die Parteien eben über jenen streitigen Punkt entgegengesetzte Bestimmungen anführen und behaupten, so ist leicht einzusehen, daß beide Parteien Subject der Beweisführung werden können; und es wird auch nach ziemlich allgemein anerkannten Grundsätzen der Regel nach in jedem Falle, da

---

*) Auch bei der Untersuchungsmaxime muß der Richter, wenn seine Untersuchung ihm nicht volles Licht gegeben hat, den Parteien nach allgemeinen Grundsätzen Beweis auflegen. — S. die königl. preuß. allg. Gerichtsordnung, Einleitung §§. 6, 7, 10, 12, 16, 17, 18 Thl. I., Tit. V., §. 5. Tit. IX., §. 4. Tit. X. §. 89., Tit. XIII. §§. 27 und 28.

einmal die eine Partei über einen gegebenen Beweissatz einen ersten oder sogenannten Vorbeweis hergestellt hat, die andere Partei auf ihr Verlangen zur Ausführung eines zweiten oder Gegenbeweises über den Beweisgegensatz zugelassen *). Die Last des Beweises trifft aber immer nur Denjenigen, welcher mit dem Beweise anzufangen, d. i. den so genannten Vorbeweis zu liefern verbunden ist. Das lästige dieser Verbindlichkeit besteht nämlich hauptsächlich darin, daß der Beweispflichtige, wenn er keine Beweise

*) Siehe den §. 24 der allg. G. O., dann Mater. a. a. O. §. IV. und insbesondere Wagner's Vorbegriffe §§. 9—11. — Daß der Gegenbeweis nichts anderes sey, als der Beweis des Beweisgegensatzes wird jetzt so ziemlich allgemein angenommen. Schon Joachim (De differentia reprobationis a probatione actionis et exceptionum peremtoriarum. Lips. 1730) hatte Bahn gebrochen, und die treffliche Darstellung Gönner's (Handbuch des Processes II. Bd., Nr. 41, 42) verschaffte dieser Ansicht, welche der Beweistheorie volles Licht gewährt, offenen Eingang. — Vergl. Mittermaier: Beiträge zur Lehre vom Gegenbeweise, im Arch f. civ. Pr. VI. Bd. St. XVII.— Daß auch nach dem Sprachgebrauche unserer österr. Proceßgesetze weder der Beweis einer Einwendung überhaupt, noch insbesondere des Umstandes, daß ein vom Gegner angebrachtes Beweismittel unzulässig oder an sich kraftlos sey, unter den Begriff des Gegenbeweises gehören, dürfte gegenwärtig eben so wenig mehr einem Zweifel unterzogen werden, als die Zulässigkeit des directen Gegenbeweises, welche sonst der Gegenstand lebhafter Streitigkeiten gewesen war. — Merkwürdig ist es, daß noch das Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren für die Stadt und Republik Bern vom Jahre 1821 im Art. 175 den directen Gegenbeweis nachdrücklichst verbiethet.

anbiethen kann, oder mit den angebothenen nicht aufkommt, sachfällig wird, wenn auch sein Gegner gar nichts bewiesen hat. Dagegen tritt die Nothwendigkeit, den Gegenbeweis zu übernehmen, ganz regelmäßig für die eine Partei erst dann ein, wenn die andere rücksichtlich eines gewissen Streitpunktes schon den Vorbeweis geliefert hat, und der hierdurch auf der Seite des Beweisführers entstehende Vortheil durch keine entgegenstehende Einwendung, Replik oder Duplik aufgehoben wird. Der Gegenbeweis erscheint sonach immer als ein willkommenes Auskunftsmittel, um die entgegenstehenden Beweise und deren Folgen zu zerstören. Er ist so zu sagen die **ultima ratio** des Gegenbeweisführers; — eine Wohlthat, keine Last; und es kann also allenfalls über das Recht, nicht wohl aber über die Verbindlichkeit den Gegenbeweis zu übernehmen (**onus reprobationis**) ein Zweifel entstehen.

Hiedurch wird es begreiflich, wie es komme, daß man, von der Last des Beweises redend, immer nur den ersten oder Vorbeweis im Auge habe; eine Bemerkung, welche für das Verständniß der ganzen Lehre entscheidend ist*).

Ein flüchtiger Rückblick auf die bisher gewonnenen Resultate wird genügen, den wahren Standpunkt mit Bestimmtheit anzugeben, von welchem unsere Aufgabe angefaßt werden

*) Auch unsere Gerichtsordnungen erwähnen des Gegenbeweises nur nebenbei und selten genug (z. B. §§. 24, 25, 169, 204, 205, 231 und 232 der allg., §§. 241, 242, 276, 277, 305 und 306 der gal. G. O.) ohne sich in eine Ausführung der denselben betreffenden Grundsätze einzulassen. Wohl aber bemerkt der §. 242 der gal. G. O. und die Resolution vom 14. Juni 1784 Nr. 306 **lit. cc**, daß in Ansehung des Gegenbeweises eben so, wie mit dem Beweise zu verfahren sey.

muß. — Wir haben gefunden, daß von einer Beweisführung überhaupt und also auch von einer Beweislast nur in so fern die Rede seyn kann, als in der geschichtlichen Grundlage der Proceßverhandlung ein Punkt ungewiß ist, über welchen die Parteien entgegengesetzte Bestimmungen vertheidigen, und welcher nicht nur möglicher Weise entscheidenden Einfluß auf die Erledigung des Rechtsstreites nehmen könnte, sondern nach der besondern Lage des Processes wirklich als entscheidend betrachtet werden muß. (§. 2.) — Auch die Angabe derjenigen Streitpunkte selbst, über welche der Richter sich Gewißheit zu verschaffen hat, unterliegt vom Standpunkte der Proceßlehre aus betrachtet gar keinem Anstande. (Eben da.) — Die eigentliche Schwierigkeit ergibt sich erst dann, wenn bestimmt werden soll, welche von beiden Parteien dem Richter die Gründe der begehrten Überzeugung liefern müsse (§. 3.); und die Dogmengeschichte über die Lehre von der Beweislast zeigt zur Genüge, daß die seit Jahrhunderten auf diesem Felde vorgefallenen Streitigkeiten sich durchgehends um diesen Punkt drehen, obgleich die Lösung der Hauptaufgabe nicht selten durch die Einmischung fremdartiger oder untergeordneter Nebenfragen erschwert worden ist.

Wer also darauf ausgeht, einen allgemeinen Grundsatz über die Last des Beweises auszufinden, wird das Wesentlichste und Schwierigste seiner Aufgabe durch folgende Frage bezeichnen:

Welche Partei hat die Last des ersten oder Vorbeweises zu tragen, wenn beide Theile über einen und denselben an sich ungewissen und entscheidenden Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Bestimmungen anführen?

Man sieht, daß es sich hier zuletzt um das Subject

der Beweislast, um die Beantwortung der Frage handelt: Wer hat zu beweisen? — Da sich aber diese Bestimmung nicht aus den Eigenschaften und Verhältnissen der Parteien überhaupt und in der Regel auch nicht aus ihrer besonderen Stellung im Processe als Kläger oder Geklagter *), sondern nur mit Rücksicht auf die genau individualisirten Behauptungen ermitteln läßt, welche jede derselben über die geschichtliche Grundlage der Rechtssache zur Unterstützung ihrer Ansprüche oder Befreiungen anbringt, so kann unsere Frage von der objectiven Seite aufgefaßt werden, und dürfte dann also lauten:

Welche von den entgegengesetzten über einen und denselben an sich ungewissen und entscheidenden Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes angeführten Bestimmungen ist der Gegenstand der Beweislast?

Wird die Frage: Was ist zu beweisen, in diesem Sinne genommen, so enthält die Beantwortung derselben zugleich die Bezeichnung des Subjectes der Beweislast in sich (§. 2); denn daß jede Partei nur rücksichtlich der von ihr selbst behaupteten Bestimmungen mit der Zumuthung eines Beweises belästigt werden dürfe, ist eine ausgemachte Sache **).

---

*) Ausnahmsweise kommt es dennoch bei der Vertheilung der Beweislast auf die besondere Stellung der Parteien im Processe an. Die Regel: actori incumbit probatio kann nicht ganz entbehrt werden.

**) Es wird sich später zeigen, daß unsere Aufgabe durch die erste Frage erschöpfender bezeichnet werde als durch die zweite; weil jene auch die Ausnahmsfälle umfaßt, in welchen sich die Vertheilung der Beweislast nicht nach dem Inhalte der Behauptungen der Parteien sondern nach der

So führt denn die Betrachtung des Subjectes der Beweislast nothwendig auf den Gegenstand derselben zurück, als welchen wir oben im Allgemeinen Facta, Thatsachen, Thatumstände oder eigentlicher gesprochen die die geschichtliche Grundlage des Processes enthaltenden Behauptungen oder sogenannten Thatsätze der Parteien bezeichnet haben. Diese Begriffe spielen in der ganzen Lehre von der Last des Beweises eine zu hervorstechende Rolle; die Unbestimmtheit derselben und der unpassende Gebrauch mancher auf dieselben Bezug nehmender Eintheilungen hat schon zu viele Verwirrungen angestellt, als daß man an die Lösung unserer Aufgabe schreiten dürfte, ohne eine vorläufige Verständigung darüber zu versuchen.

## §. 4.

### Begriff des Factums im Gegensatze zu Vernunftwahrheiten.

Das Wort: Factum bezeichnet einen jener schillernden Begriffe, welche recht eigentlich dazu gemacht scheinen, Mißverständnisse zu veranlassen und zu nähren. Diejenigen, welche sich desselben bei ernsten Untersuchungen ohne Vorbedacht bedienen, sind so zu sagen unfreiwillige Taschenspieler, und erinnern ganz gegen ihre Absicht an jene Tausendkünstler, welche, nachdem sie eine Quantität weißer Baumwolle verschluckt haben, zum Ergötzen der Menge, bald blaue und gelbe, bald rothe und grüne Bänder aus dem Munde ziehen. — Nicht leicht wird sich ein sprachlicher Ausdruck finden lassen, dessen verschiedene Bedeutungen durch so unscheinbare und täu-

Stellung richtet, in welcher diese im Processe sich befinden.

schende Übergänge in einander spielen; und da die hieher gehörigen Begriffe zu den ursprünglichen gehören, so findet man sich, wenn man die Spur derselben ernstlich verfolgt, ehe man es versieht, an der Gränze des verrufenen Mutter- und Nachbarlandes aller Wissenschaften, der Metaphysik. Der Widerwille und die Mißachtung, womit dieses Gebiet von den Männern betrachtet zu werden pflegt, welche sich den practischen Kenntnissen gewidmet haben, hält sie von der Betretung eines so unheimlichen Bodens zurück, und bestimmt sie, ihre Jagd gerade auf dem Punkte aufzugeben, wo sie zuerst lohnend werden könnte. Es sey uns erlaubt, ungeachtet dieser allgemeinen Abneigung des juridischen Publicums etwas weiter vorzudringen, als es unsers Wissens bisher geschehen ist.

Der Begriff des Factums, welcher gewöhnlich schon in dem obersten Grundsatze der Beweistheorie eine wichtige Stelle einnimmt *), pflegt von den Rechtslehrern lediglich dadurch näher bestimmt zu werden, daß man denselben den Vernunftwahrheiten entgegensetzt. — Die geschichtliche Grundlage des Processes, so sagt man, sey der Gegenstand der sinnlichen Wahrnehmung, der Erfahrung, und müsse, in so fern sie streitig erscheint, dem Richter durch Beweis gewiß gemacht werden. Vernunftwahrheiten hingegen, welche auf die Entscheidung des Processes Einfluß nehmen, müsse der Richter aus seinem eigenen Bewußtseyn ableiten; sie bedürfen eines Beweises im Sinne der Gerichtsordnung

---

*) Der §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. bezeichnet als Subject der Beweisführung denjenigen, welcher ein Factum anführt.

nicht *). Daß hieran etwas Wahres sey, läßt sich nicht verkennen. Die Entscheidung streitiger Rechtsangelegenheiten fordert weit öfter, als man auf den ersten Anblick glauben sollte, die Berücksichtigung mannigfacher theoretischer Sätze, welche streng genommen den philosophischen Wissenschaften angehören, und als unmittelbare oder mittelbare Ausflüsse unsers Bewußtseyns betrachtet werden müssen. Auch sehen wir den Richter täglich und stündlich gewisse Principien der Moral, der Logik, der Mathematik u. s. w. als ausgemachte Vernunftwahrheiten ohne allen Beweis für richtig annehmen und seinen Entscheidungen zu Grunde legen. Man denke z. B., daß Jemand unverschämt und thöricht genug wäre, die Erfüllung eines Übereinkommens gerichtlich zu begehren, vermöge dessen eine Frauensperson gehalten seyn sollte, dem Kläger gegen bedungene Zahlung als Maitresse zu Willen zu seyn. Wenn nun die Geklagte einwendete, das Begehren der Klage sey an und für sich unerlaubt, folglich kein Gegenstand eines gültigen Vertrages **): welcher Richter würde sich wohl beikommen lassen, einen Beweis über die Unerlaubtheit jener Leistung zu verlangen? — Oder wenn ein chikanirender Gegner, um meine Argumentation zu bestreiten, den Satz des Widerspruches oder ein anderes Princip der Logik in Abrede stellen wollte (und leider ist dergleichen Unsinn noch heut zu Tage in mancher Proceßschrift zu finden), so könnte

---

*) Mater. a. a. O. §. VI. — Schneider (L. C. G.). Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen. Gießen und Darmstadt 1803: »Vernunftwahrheiten,« (heißt es daselbst im §. 3): »gehören nicht unter die Gegenstände des rechtlichen Beweises.«

**) §. 878 d. a. b. G. B.

mir doch sicherlich nicht aufgebürdet werden, jenes Gesetz des menschlichen Denkvermögens erst durch Kunstverständige (etwa durch ein Gutachten der Facultät) zu beweisen. — Täglich werden bei den Gerichten mehr oder minder verwickelte Rechnungen beurtheilt, wobei der Richter die Gesetze der Arithmetik in Anwendung bringt, ohne daran zu denken, einen Beweis über die Richtigkeit derselben den Parteien abzufordern u. s. w.

Wenn aber nun ohne weiters behauptet werden will, alle sogenannten Vernunftwahrheiten seyen auch auf dem Standpunkte der Beweistheorie von der geschichtlichen Partie des Processes zu unterscheiden, sie seyen durchgehends auch für den Richter keine Facta, und bedürften deßhalb keines Beweises, so wäre hierin offenbar zu weit gegangen. Denn damit jene Aussprüche der Vernunft in uns zum klaren Bewußtseyn gelangen, bedarf es einer besondern Anregung und Entwicklung, welche nicht jedem Individuum in jeder Beziehung zu Theil wird. Der Einzelne ist oft genöthigt, die wichtigsten Ergebnisse der Wissenschaft, zu welchen er auf dem Wege gelehrter Erkenntniß zu gelangen keine Gelegenheit hatte, auf Treu und Glauben hin als wahr anzunehmen. Das Fürwahrhalten derselben beruht dann im gegebenen Falle ganz und gar auf dem historischen Glauben *), und die Wahrheit, welche dem Kun-

*) Bekanntlich versteht man unter dem historischen Glauben, welcher in der Theorie des Beweises eine so große Rolle spielt, ein Fürwahrhalten aus zureichenden Gründen, welche in der Überzeugung eines fremden Subjectes (des Zeugen, Kunstverständigen, der schwörenden Partei u. s. w.) liegen. Bezieht sich der Glaube auf sinnlich wahr-

digen als ein an und für sich gewisser Ausspruch der Vernunft erscheint, kann dem Laien nur als eine Thatsache gelten, welche für ihn eines Beweises, im Sinne der Gerichtsordnung, insbesondere der Bestätigung durch Kunstverständige bedarf.

In dieser Lage befindet sich nicht selten der Richter. Niemand zweifelt z. B. daran, daß sämmtliche Grundsätze der Meßkunst eben so wie jene der Arithmetik in unserer Denk- und Anschauungsweise ursprünglich gegründet sind, daß sie **a priori** daraus abgeleitet werden können *). Setzen wir aber, es sey im Processe über die Größe eines Grundstückes von unregelmäßiger Gestalt ein Streit entstanden, indem die Parteien zwar über die Dimensionen der gemeinschaftlich vermessenen Gränzen einverstanden sind, aber bei der Berechnung des Flächeninhaltes von verschiedenen Grundsätzen ausgehen, so daß eigentlich nur diese Grundsätze zwischen ihnen streitig sind, so dürften gewiß nur wenige Justizmänner sich hinlängliche geometrische Kenntnisse

---

nehmbare Objecte, so heißt derselbe vorzugsweise oder schlechtweg historischer Glaube, auch materieller Geschichtsglaube, weil er selbst der Materie nach historisch ist. Wird aber das Rationale so wie ein Historisches behandelt, läßt man sich von Vernunftwahrheiten und deren Realität durch fremde Bestätigung überzeugen, so ist diese Überzeugung ebenfalls Glaube, welcher aber nur der Form nach historisch genannt werden kann, mithin formaler Geschichtsglaube. Vergl. W. T. Krug Fundamentalphilosophie. §§. 99 — 107.

*) Man erinnert sich bei dieser Gelegenheit an jenes berühmte Gespräch des Plato, wo Sokrates den Knaben des Menon mehrere nicht ganz leichte Lehrsätze der Geometrie aus sich selbst erfinden läßt.

zutrauen, um über die Richtigkeit der Methode zu entscheiden, und die Größe des Grundstückes selbstständig zu bestimmen. Die Pflicht des Richters wird es vielmehr erheischen, sich in einem solchen Falle an den Ausspruch der Kunstverständigen zu halten, welcher, wie gesagt, für ihn keine Vernunftwahrheit, sondern ein auf Treu und Glauben anzunehmendes Factum darstellt.

Hieraus ist ersichtlich, daß Vernunftwahrheiten zwar in der Regel keines Beweises bedürfen, weil sie gewöhnlich jedem Gebildeten ohnehin unmittelbar gewiß sind, daß sie aber ausnahmsweise für den Richter den Charakter eines Factums annehmen und ihm bewiesen werden müssen, sobald ihre Richtigkeit nur auf einer solchen besonderen Bildungsstufe erfaßt zu werden vermag, welche dem Richter in dieser Eigenschaft nicht zugemuthet werden darf.

Dadurch, daß man den Begriff des Factums als Gegensatz der Vernunftwahrheiten im Allgemeinen auffaßt, ist also für die Bestimmung jenes Begriffes zum Behufe der Lehre von der Beweislast eben nicht viel gewonnen. Noch schlimmer ist es, wenn man sich damit begnügt, in dem, was die Grundlage der richterlichen Entscheidung ausmacht, das Factum (die res facti) lediglich von den Aussprüchen der rechtlichen Vernunft, von den Rechtswahrheiten (den rebus juris) zu unterscheiden, wie es in dem alten Spruche: facta probantur, jura deducuntur, und in manchen viel gelehrter klingenden Formeln und Redensarten der Neueren angedeutet wird. Die Rechtswahrheiten nämlich, auf welche der Richter in einem civilisirten Staate Rücksicht zu nehmen hat, sind mit sehr unerheblichen Ausnahmen durchgehends positiver Natur, und verdanken ihre Kraft nicht unmittelbar ihrer Übereinstimmung mit den Aussprüchen der recht-

lichen Vernunft*), sondern dem Factum der Promulgation durch den Gesetzgeber. Die positiven Rechtsnormen gehören also strenge genommen selbst in die Kategorie des Factums; die Anerkennung derselben beruht auf dem historischen Glauben, und sie können richtig gesprochen dem Factum nicht zum Gegensatze dienen. Der Grund, warum über dieselben den Parteien ordnungsmäßig kein Beweis abgefordert werden kann, liegt darin, daß das Factum der Promulgation dem gesetzkundigen Richter von Amtswegen bekannt seyn muß. Hieraus erklärt sich zugleich, warum ausnahmsweise ausländische Gesetze, Privilegien und gesetzlich bestätigte Gewohnheiten bewiesen werden müssen, da hingegen der Richter in jenen seltenen Fällen, wo er geradezu auf das Naturrecht angewiesen ist, die rechtlichen Grundsätze seiner Entscheidung aus seinem eigenen Bewußtseyn zu entwickeln hat.

## §. 5.

### Kritik der verschiedenen Bedeutungen, in welchen das Wort Factum vorkommt.

Mit der Unterscheidung der im Processe zu berücksichtigenden Vernunftwahrheiten von der geschichtlichen Grundlage des Rechtsstreites ist also die Gränze des Begriffes Factum nur in Einer Richtung, und auch hier in sehr unsichern Linien gezogen. Auf der andern Seite bleibt noch immer ein weit geöffnetes Feld, auf welchem ein unsicherer Sprachgebrauch in verschiedenen, bald größeren bald kleineren Kreisen hin und wieder schwankt. Wer die Sache etwas

*) Muß es doch auch Gesetze geben, welche ihrer Natur nach aus der rechtlichen Vernunft gar nicht abgeleitet werden können, z. B. die Bestimmungen über das Alter der Großjährigkeit, über die Ersitzungs- und Verjährungsfristen u. s. w.

genauer nehmen will, wird sich sehr leicht überzeugen, daß man bei weitem nicht immer Alles dasjenige, was überhaupt Gegenstand der Erfahrung ist, mit dem Ausdrucke Factum bezeichnen wolle. Vielmehr wird diesem Worte ein so ausgedehnter Begriff nur in den seltensten Fällen und noch dazu höchst fehlerhaft untergeschoben. Denn man kann bei dem Gebrauche desselben mit einiger Aufmerksamkeit fünferlei Bedeutungen von sehr verschiedenem Umfange unterscheiden. — Es wird nämlich unter Factum verstanden:

1. eine Ereignung oder Veränderung, wodurch etwas Wirkliches entsteht oder vergeht, wie z. B. die Geburt oder der Tod eines Menschen;

2. das Seyn eines Dinges oder seiner realen Qualitäten als Resultat einer Ereignung und im Zusammenhange mit derselben gedacht, z. B. die Existenz des Kindes, wenn bezweifelt wird, ob selbes geboren worden sey, oder nicht;

3. das Nichtseyn eines einmal existent gewesenen Dinges oder seiner realen Qualitäten als Resultat einer die Aufhebung der Existenz bedingenden Begebenheit und im Zusammenhange mit derselben gedacht, z. B. die Nichtexistenz eines Menschen, von dem es gewiß ist, daß er einmal existirte;

4. jedes wirkliche Ding überhaupt, mithin auch abgesehen von dem Factum seiner Entstehung; endlich

5. alles, was unmittelbar oder mittelbar Gegenstand der Erfahrung werden kann; mithin auch das Nichtwirkliche, abgesehen von der allfälligen Ereignung, durch welche ein Wirkliches zu seyn aufgehört hat.

Wer das Wort Factum im Leben oder in der Wissenschaft gebrauchen will, muß sich dieser verschiedenen Bedeutungen,

ihres Umfanges und Inhaltes mit vollkommener Klarheit bewußt seyn, sonst gibt er in herkömmlicher Verwirrung redend und denkend eben jenes Taschenspielerstückchen zum Besten, dessen wir oben erwähnt haben. Der sprachliche Ausdruck erfüllt überall und vorzugsweise in der Wissenschaft seinen Zweck nur dann, wenn er den Begriff, welchem er entsprechen soll, vollkommen und unzweideutig ausdrückt. Das Wort, welches in so verschiedenen, zumal in so weit auseinanderliegenden Bedeutungen verstanden werden kann, muß, ohne nähere Bestimmung gesprochen, das Verständniß des Gegenstandes immer mehr erschweren als erleichtern. Aber leider liebt die Mehrheit der Menschen, an scharfes Denken wenig gewohnt, gerade vorzugsweise solche Bezeichnungen, welche allerlei bedeuten, damit sich Jedermann herausnehmen könne, was ihm eben gefällt. Den Meisten scheint nichts unbequemer als eine strenge und subtile Scheidung von Begriffen, welche seit jeher ohne Bedenken unter einander gemischt wurden; nichts überflüssiger, als das Forschen nach der wahren Bedeutung eines Wortes, welchem man einen beliebigen Sinn unterzulegen bisher niemals in Verlegenheit gekommen ist. — Denjenigen, welche dem Geiste der echten Wissenschaft so sehr entfremdet sind, daß sie die Mühe solcher gar zu gelehrt klingenden Untersuchungen mit Ängstlichkeit scheuen, möchten wir zu bedenken geben, daß sie sich durch eine reine und besonnene Auffassung des Gegenstandes die bei weitem lästigere und gewiß minder nützliche und minder ehrenvolle Mühe ersparen, nach wie vor in jener widerlichen Sprachverwirrung hin und wieder zu reden, auf deren Lösung es hier abgesehen ist.

1. Die Haupt- und Stammbedeutung also, welche uns aus der Betrachtung des Wortes Factum selbst entgegenkommt,

ist die der Ereignung, Veränderung, Begebenheit. Denn denkt man das fieri (id quod fit) als vorübergegangen, so wird es streng sprachrichtig als Factum bezeichnet. Das fieri selbst aber ist zweifach. Was nähmlich in der Welt der Erscheinungen da zu seyn anhebt, oder wirklich wird, das entsteht. — Dasjenige, was da zu seyn aufhört, oder nicht wirklich wird, das vergeht oder geht unter; und das Entstehen sowohl als das Vergehen ist etwas, das geschieht; ist Begebenheit, Veränderung, Factum *). — Diese ursprüngliche und engste Bedeutung unsers Wortes nun, wie sehr sie auch hie und da durch allerlei Nebenvorstellungen und unglückliche Auswüchse des Sprachgebrauches in Schatten gestellt werden mag, ist nimmermehr gänzlich zu beseitigen, und der aufmerksame Beobachter wird dieselbe überall aus dem Hintergrunde hervorblicken sehen, wenn es gleich den Anschein hat, als wenn ganz etwas Anderes gesagt werden wollte. Man sehe nur zu, was die Rechtslehrer meinen, wenn sie sagen: A behauptet ein Factum, er muß es daher beweisen; — und es wird sich zeigen, daß sie unter zehn Fällen kaum einmal etwas Anderes ausdrücken wollen, als: A sey zum Beweise verpflichtet, weil er eine Ereignung, Veränderung, Begebenheit behauptet.

Daß insbesondere auch die österreichischen Juristen mit dem Worte Factum diesen ganz bestimmten Sinn zu verbinden pflegen, wird später bei guter Gelegenheit aus den Schriften der ausgezeichnetsten vaterländischen Rechtslehrer nachgewiesen werden.

---

*) Vergl. W. T. Krug: Erkenntnißlehre oder Metaphysik. Königsberg 1808. §. 73.

Wir gehen nun zu den übrigen oben angegebenen Bedeutungen über, deren letzte wunderlicher Weise sogar das Nichtgeschehene (id, quod non factum est) unter den Begriff des Factums, (des Geschehenen), aufnehmen will. Wie überraschend nun auch dieser Übergang scheinen mag, so wird sich doch zeigen, daß derselbe durch solche täuschende Zwischenvorstellungen vermittelt ist, welche die Entwicklung eines so fehlerhaften und wirklich widersinnigen Sprachgebrauches zwar nicht entschuldigen, aber doch begreiflich machen. Das Wesentliche des Factums, sagten wir, bestehe darin, daß sich etwas ereigne, daß etwas geschehe (fieri). Wenn etwas geschieht, so müssen dadurch in den Dingen der Außenwelt neue Bestimmungen entstehen und alte vergehen, d. h. die Welt wird verändert. Denn Veränderung ist eben nichts Anderes, als die Aufeinanderfolge verschiedener Bestimmungen desselben Dinges *). Nun ist aber begreiflicher Weise dem Denkenden und Redenden nichts natürlicher, als in seiner Vorstellung oder Rede von der Begebenheit oder Ereignung zu dem Ergebnisse derselben, d. h. zu dem veränderten Zustande; vom Verändertwerden zum Verändertseyn überzugehen. — So geschieht es, daß man auch diesen veränderten Zustand als die unmittelbare Folge eines Geschehens (fieri) selbst ein Geschehenes (factum) nennt; und da, wie gesagt, diese Folge der Veränderung selbst entweder ein Entstehen oder ein Vergehen von Realitäten seyn kann, so läßt sich begreifen, wie man dazu gelangt, nicht nur das Seyn, sondern auch das Nichtseyn der wirklichen Dinge und ihrer realen

---

*) Krug a. a. O. §. 74.

Qualitäten mit dem Namen Factum zu belegen, wie es in den oben von 2 — 5 angegebenen Bedeutungen geschehen ist. In wie fern man hiebei verstoßen habe, wird das Folgende lehren.

Jedes wirkliche Ding kann zwar, an und für sich betrachtet, ein Geschehenes, ein Factum genannt werden, weil es einmal entstanden seyn muß. Daraus folgt aber nicht nothwendig, daß derjenige, welcher die Existenz eines wirklichen Dinges aussagt, damit immer ein Factum behaupte. Dieß ist nämlich offenbar nicht der Fall, wenn er nur das Fortbestehen eines Dinges behauptet, dessen ursprüngliche Entstehung außer Zweifel ist. Denn dann will seine Behauptung nur so viel sagen: das einmal wirklich gewordene Ding sey nachträglich nicht wieder zerstört worden; und er behauptet nicht sowohl, daß etwas geschehen (factum), sondern vielmehr, daß etwas nicht geschehen sey (non factum esse).

Hingegen ein non ens, das Nichtseyn eines wirklichen Dinges, welches eigentlich nur durch unsere Vorstellung von der Abwesenheit gewisser realer Qualitäten besteht, ist an und für sich betrachtet gar nichts *), folglich auch kein Factum. Aber dessen ungeachtet kann derjenige, welcher die Nichtexistenz eines wirklichen Dinges aussagt, damit auch ein Factum behaupten, und er thut dieß wirklich, sobald er aussagt, daß ein früher entstandenes Ding nicht mehr sey, weil dann seine Behauptung dahin geht, das fragliche Ding sey zerstört worden, was ja eine Veränderung, ein Factum ist.

Man setze z. B., der Kläger behaupte die Existenz einer

*) Ein nihil privativum nennen es die Philosophen. Vergl. Krug a. a. O.

Mauer auf seinem Grunde; — der Geklagte hingegen behauptet, diese Mauer existire nicht; — und die Frage, in wiefern der eine oder andere Streittheil ein Factum angeführt habe, wird sich nur mit Rücksicht auf die weiteren Angaben derselben bestimmen lassen. Denn es kann geschehen, daß der Kläger ein Factum und der Geklagte ein Nonfactum angeführt habe; aber auch gerade umgekehrt. Denn wenn zwar der Geklagte die Nichtexistenz der Mauer aus dem Grunde behauptet, weil eine solche Baute niemals geführt worden sey, dann dreht sich alles nur um die Erbauung der Mauer. In diesem Falle behauptet der Kläger mit den Worten: „die Mauer steht" der Wesenheit nach die Erbauung der Mauer; mithin eine Ereignung, ein Factum; der Geklagte aber, indem er sagt: „Die Mauer steht nicht," behauptet, daß die Erbauung derselben nicht Statt gefunden, mithin nicht, daß etwas geschehen, sondern vielmehr, daß etwas nicht geschehen sey; kein Factum, sondern das Gegentheil. — Gerade das umgekehrte Verhältniß tritt ein, sobald beide Theile darüber einverstanden sind, daß die in Frage stehende Mauer einmal aufgeführt wurde, und also nur das streitig ist, ob sie stehen geblieben sey oder nicht. Unter dieser Voraussetzung behauptet der Kläger mit der Existenz der Mauer im Wesentlichen nichts anders, als die Zerstörung derselben habe nicht Statt gefunden; der Geklagte hingegen, indem er die Nichtexistenz der Mauer vertheidigt, behauptet, dieselbe stehe nicht mehr, sie sey durch eine nachfolgende Veränderung zerstört worden. Der Letztere behauptet, daß etwas geschehen sey, ein Factum, der Erstere, daß etwas nicht geschehen sey, mithin das Gegentheil eines Factums.

Wir sehen hieraus, daß sowohl die Existenz als auch die Nichtexistenz der Mauer sich als ein Factum darstellen

könne oder nicht, je nachdem der Vertheidiger des Seyns oder des Nichtseyns lediglich die Erbauung oder die Zerstörung der Mauer behauptet; und die Sache ganz ins Allgemeine gezogen, läßt sich für unsern Zweck folgendes Resultat ziehen. Obgleich jedes **ens** a n u n d f ü r s i c h betrachtet ein Factum, und jedes **non ens** an und für sich betrachtet kein Factum ist, so schließt doch die Behauptung von dem Seyn sowohl, als von dem Nichtseyn wirklicher Dinge und ihrer realen Qualitäten b e z i e h u n g s w e i s e die Behauptung eines Factums bald in sich, und bald wieder nicht, je nachdem jenes Seyn oder Nichtseyn als Folge und im Zusammenhange mit einer dasselbe bedingenden Begebenheit gedacht wird, oder nicht.

Hierdurch wird es uns möglich, die oben 2 — 5 angegebenen Bedeutungen des Wortes Factum vollständig zu erklären und zu würdigen.

Wenn man nämlich unter Factum:

2. d a s S e y n e i n e s D i n g e s u n d s e i n e r r e a l e n Q u a l i t ä t e n n u r a l s R e s u l t a t e i n e r d i e s e s S e y n b e d i n g e n d e n E r e i g n u n g u n d i m Z u s a m m e n h a n g e m i t d e r s e l b e n g e d a c h t; und

3. d a s N i c h t s e y n e i n e s e i n m a l e x i s t e n t g e w e s e n e n D i n g e s, o d e r s e i n e r r e a l e n Q u a l i t ä t e n (a l s R e s u l t a t e i n e r d i e A u f h e b u n g d e r E x i s t e n z b e d i n g e n d e n B e g e b e n h e i t u n d i m Z u s a m m e n h a n g e m i t d e r s e l b e n g e d a c h t) verstehen will; so läßt sich dagegen im Wesentlichen nichts einwenden. Nur darf die Bemerkung nicht übersehen werden, daß hier keineswegs das Seyn oder Nichtseyn der Dinge an und für sich betrachtet, sondern lediglich jene Begebenheit, Ereignung, Veränderung mit dem Namen Factum bezeichnet wird, welche den Grund

jenes Seyns oder Nichtseyns in sich enthält. — Daher geht es nicht an:

4. Jedes wirkliche Ding überhaupt, auch abgesehen von dem Factum seiner Entstehung; oder gar

5. Alles, was unmittelbar oder mittelbar Gegenstand der Erfahrung werden kann, mithin auch das Nichtwirkliche, abgesehen von der allfälligen Ereignung, durch welche ein Wirkliches zu seyn aufgehört hat, unter den Begriff des Factums zu ziehen. — Wer anführt, daß ein Ding noch existire, d. h. daß es nicht zerstört worden sey, oder daß ein Ding nicht existire, weil es niemals entstanden war, behauptet nur, daß etwas nicht geschehen sey, non factum esse, und es wäre ein unverzeihlicher Mißgriff in der Wahl des Ausdruckes, wenn man das Nichtgeschehene, non factum, geradezu ein Factum nennen, wenn man das directe Widerspiel des Factums mit dem Worte Factum bezeichnen wollte.

Blicken wir auf die Reihe der hier entwickelten Ansichten zurück, so zeigt sich, daß die zu 2 und 3 angegebenen Bedeutungen unsers Wortes, recht verstanden, mit der zuerst angegebenen Stammbedeutung zusammenfalle. Denn das Seyn und Nichtseyn der Dinge und ihrer realen Qualitäten wird nur in so fern als Factum bezeichnet, als es uns eine dieses Seyn oder Nichtseyn bedingende Ereignung oder Begebenheit repräsentirt. Da man sich aber einmal erlauben durfte, die Existenz und Nichtexistenz der Dinge in gewisser Beziehung unter den Begriff Factum zu subsumiren, so konnte man bei minderer Aufmerksamkeit sehr leicht verleitet werden, jedes Seyn oder Nichtseyn, auch abgesehen von jenen Beziehungen, ohneweiters mit dem Namen Factum zu belegen, wie es in der unter 4. und 5. angegebenen Bedeutung

geschehen ist. Dieser Mißgriff war nur zu natürlich, und er ist eben deßhalb so allgemein und für die ganze Lehre von der Beweislast so verderblich geworden.

Wenn die bisher versuchte Zergliederung der in Frage stehenden Begriffe den Widersachern des Theoretisirens allzu subtil und schulmäßig erscheinen möchte, so sollte sie das gewonnene Endresultat durch seine Simplicität und practische Wichtigkeit versöhnen. — Wir haben nämlich gefunden, daß man unter einem Factum immer und überall nur eine Begebenheit, Ereignung, Veränderung verstehe, und daß man also jedesmal, wo es sich darum handelt, welche von den streitenden Parteien ein Factum angeführt habe, lediglich darauf sehen müsse, auf welcher Seite sich auf eine Veränderung, Ereignung, Begebenheit berufen werde.

## §. 6.

### Die Eintheilung der Facta in positive und negative ist verwerflich.

Indem man fühlte, wie unpassend es sey, den Begriff des Factums auf diese Weise über seine natürlichen Gränzen auszudehnen, hat man dadurch sich zu helfen geglaubt, daß man bejahende und verneinende, positive und negative Facta unterschied*). Man hätte wahrlich kein un-

---

*) Was für eine große Rolle bei den ältern Proceßrechtslehrern die Unterscheidung des facti affirmativi und negativi spielte, werden die später folgenden Citate zur Genüge darthun. Aber auch die Neueren haben diese unglückliche Eintheilung nur zu oft angenommen. — So spricht Bentham (Traité

glücklicheres Auskunftsmittel finden können, als diese Eintheilung, welche die heilloseste Verwirrung in das ganze

---

des preuves judiciaires par Dumont. Paris 1823. 1. Buch, 5. Hauptstück) von bejahenden und verneinenden Facten, wobei er freilich zu verstehen gibt, daß er hierunter eigentlich nur bejahend und verneinend ausgesprochene Facten verstehe, mithin auf die Qualität der die Thatsachen enthaltenden Sätze Rücksicht nehme. — Selbst Schneider, — ein Schriftsteller, welcher die philosophische Partie der Beweislehre vielleicht am gründlichsten aufgefaßt, und von der Natur der bejahenden und verneinenden Sätze, insbesondere von der Realopposition derselben sehr lehrreichen Bescheid gegeben hat, — läßt sich durch das Herkömmliche verleiten, in der oben erwähnten vollständigen Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerl. Rechtssachen sein System auf den Unterschied von bejahenden und verneinenden Naturbegebenheiten und Handlungen zu bauen. — In Füger's viel verbreitetem Werke: Das ger. Verfahren nach der österr. a. G. u. C. O. vom 1. Mai 1781 dritte vom Herrn Prof. Wessely bearbeitete Ausgabe, Wien 1834, wird als Erläuterung des §. 104 der a. G. O. angeführt, das Factum, von welchem dieser Paragraph spricht, bleibe immer ein Factum, man mag von demselben behaupten, es habe sich zugetragen, oder es habe sich nicht zugetragen; und daraus folge: daß auch der §. 104 der G. O. sowohl zum Beweise eines affirmativen als auch zum Beweise eines negativen Factums verpflichtet. — Dagegen bedient sich der scharfdenkende Fischer in seinen Beiträgen zu der Lehre vom rechtlichen Beweise (Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit u. s. w. Jahrgang 1832) des passenden Ausdruckes: Nonfactum, um den Nichteintritt einer Ereignung zu bezeichnen; — und Wagner (in den oben erwähnten Vorbegriffen aus der

Gebiet der Beweislast gebracht hat. Wenn nun das Nichtgeschehene (id, quod non factum est) auch als ein Factum, nämlich als ein negatives gelten sollte, so lag hierin eine sehr unglückliche Nachahmung der mathematischen Wissenschaften, wo man hie und da die Tiefe, negative Höhe; Schulden, negatives Vermögen u. s. w. nicht ohne allen Nutzen zu nennen pflegt. Ich heiße dieß mit Recht eine unglückliche Nachahmung; denn man kann nicht wohl einen gröberen Fehler gegen die Logik begehen, als einen gegebenen Begriff mit einem Worte zu bezeichnen, welches gerade das Gegentheil jenes Begriffes ausdrückt. Es geht auch nicht an, diesen Fehler durch das Anhängen eines erklärenden Beiwortes gut machen zu wollen; weil ja dieses Beiwort den Hauptbegriff höchstens näher bestimmen, niemals aber in sein Gegentheil verwandeln kann, was doch geschehen müßte, wenn das Nichtgeschehene durch den Ausdruck Factum dargestellt werden sollte.

Überdieß ist das hier gewählte Beiwort das unpassendste, was man hätte finden können. Die Zusammenfügung „negatives Factum“ ist ganz und gar monstruos, weil das Beiwort in Beziehung auf dieses Hauptwort nimmermehr als bestimmend gelten kann. Denn die Begriffe Bejahung und

---

Theorie des Beweises im Civilprocesse) spricht zwar noch von negativen Facten, bemerkt aber selbst, daß im Grunde nicht der factische Zustand, dem wir die Benennung negatives Factum beilegen, sondern nur der Satz, in dem wir ihn aussprechen, negativ sey; und daß es darum eine viel richtigere Terminologie wäre, wenn man nicht von dem Beweise negativer Facten, sondern von jenem negativer Sätze spräche.

Verneinung sind an sich rein formell und gehören ausschließlich dem Gebiete der Logik an. „Bejahen" heißt nämlich nichts anders, als ein Prädicat mit einem Subjecte verbinden; „verneinen" hingegen, ein Prädicat von der Sphäre eines Subjectes ausschließen. — Diese beiden Handlungen bezeichnen überall nur eine logische Operation; bejahend und verneinend sind, eigentlich gesprochen nur die Urtheile des menschlichen Geistes, oder die diese Urtheile darstellenden Sätze. Allen andern Thatsachen (mit Ausnahme der Urtheile und Sätze), es sey nun Handlung eines Subjectes oder Naturbegebenheit, Zustand, Eigenschaft oder Verhältniß eines Gegenstandes, kann das Prädicat der Positivität und Negativität im Ernste nicht beigelegt werden. Die Eintheilung der Facta in bejahende und verneinende ist also ganz verwerflich, und das, was man sonst negatives Factum zu nennen pflegt, wird viel passender mit dem Ausdrucke Nonfactum belegt, wie es ohnehin schon hie und da geschieht *).

Das Fehlerhafte jener Eintheilung und der strenge Begriff, welcher dem Ausdrucke Factum zu Grunde liegt, scheint Jedermann wenigstens dunkel vorzuschweben. Und eben deßhalb mag es geschehen, daß man sich häufig lieber der unbestimmteren Worte Thatsache und Thatumstand bedient. Denn Thatsache (res facti, res in facto posita) so meint man, sey Alles, was mittelbar oder unmittelbar Gegenstand der Erfahrung werden kann, nicht nur das Veränderwerden der Außenwelt selbst, sondern auch das Resultat der Begebenheiten, das Seyn und Nichtseyn der Dinge

---

*) Vergl. Fischer a. a. O.

an und für sich betrachtet, es mag sich als Geschehenes oder Nichtgeschehenes darstellen. Eben so bequem ließe sich auch das Wort Thatumstand handhaben, daher könne man auch unbedenklich von positiven und negativen Thatsachen und Thatumständen reden. — Hiervon dürfen wir nur so viel zugeben, daß Etymologie und Sprachgebrauch diese Worte allerdings in keine so bestimmten Gränzen einschließe, wie das Wort Factum; deßungeachtet finden die Prädicate der Positivität und Negativität auf dieselben keine Anwendung, weil ja diese Prädicate ihrer Natur nach nur auf Urtheile und Sätze bezogen werden können.

Dagegen ist die Unterscheidung von bejahenden und verneinenden Sätzen in der Beweislehre von großer Wichtigkeit, weil auf dieselbe seit Jahrhunderten von den meisten Rechtslehrern der Hauptgrundsatz über die Beweislast gestützt worden ist. Man mag diesem Grundsatze folgen, oder ihn bestreiten wollen, immer ist man darauf angewiesen, sich vorläufig von den Begriffen bejahender und verneinender Sätze gebührende Rechenschaft zu geben.

## §. 7.

### Bejahende und verneinende Sätze in formellem und materiellem Sinne. — Realkriterium positiver und negativer Behauptungen.

Man braucht eben kein großer Philosoph zu seyn, um auf die Bemerkung zu gerathen, daß diese Begriffe an und für sich bloße logische Formalbegriffe sind, und daß sie ohne Rücksicht auf den Inhalt der Sätze im wirklichen Leben keinen Nutzen gewähren können. Denn sie beruhen auf einem leeren

Spiele des Verstandes, weil der bejahende Satz durch Einschiebung eines andern Prädicates ohne Veränderung seines Inhaltes willkührlich auch verneinend, und umgekehrt der verneinende bejahend ausgedrückt werden kann (z. B. der Satz: **A** ist am Leben; und **A** ist nicht gestorben), so daß zwischen bejahenden und verneinenden Sätzen, wenn gleich immer ein formeller (logischer) — doch keineswegs nothwendig auch ein reeller Gegensatz statt findet. — Wer auf jenen rein formellen Unterschied einen Hauptgrundsatz über die Last des Beweises bauen wollte, würde freilich eine sehr mangelhafte Einsicht in das Wesen seiner Aufgabe verrathen, und nicht ohne Grund eifern die Proceßrechtslehrer der neuern Zeit gegen die häufig ohne weitere Einschränkung und Verständigung ausgesprochene Regel: **affirmantis, non negantis est probatio**, welche in formellem Sinne aufgefaßt die größte Plattheit ist, die man ersinnen kann. — Man würde aber mit Recht erstaunen, wenn ein so handgreiflicher, dem gemeinsten Verstande offen liegender Mißgriff bei der Beantwortung einer der wichtigsten Fragen der Jurisprudenz so vielen ausgezeichneten Rechtsgelehrten sollte entgangen seyn, welche eben jene Regel in allen Jahrhunderten mit größter Bestimmtheit wiederholten.

Schon das Auffallende des hiebei gerügten Fehlers und die Achtung, welche wir den Bestrebungen einer größern Vorzeit schuldig sind, fordert uns auf, die Sache näher ins Auge zu fassen. Wem es nicht bloß darum zu thun ist, mit einer lästigen Schulfrage so schnell als möglich fertig zu werden, der wird es nicht verschmähen, auch an den hier folgenden Untersuchungen Antheil zu nehmen, mit welchen es nicht allein darauf abgesehen ist, den Ausspruch so vieler großer Juristen vor dem Vorwurfe einer heillosen Seichtigkeit zu ver-

wahren, sondern auch einen bisher noch wenig betretenen Standpunkt auszumitteln, auf welchem sich, wenn wir nicht irren, das ganze Gebiet der Beweistheorie mit Freiheit und Sicherheit überblicken läßt.

Es gibt nebst jenem bloß formellen Unterschiede bejahender und verneinender Sätze auch einen reellen Gegensatz derselben, welcher sich nur dadurch erkennen läßt, daß man auf den Inhalt der Sätze gebührende Rücksicht nimmt. Zwei Sätze, welche bei verschiedener Qualität dasselbe Subject und Prädicat enthalten, so daß der Eine diese beiden Begriffe mit einander verbindet, während der Andere sie von einander trennt: zwei solche Sätze stehen nicht nur in formellem, sondern zugleich auch in reellem Gegensatze; denn sie sagen in einer und derselben Beziehung, über ein und denselben Gegenstand Entgegengesetztes aus. — Mit Beziehung auf die Beweistheorie kam man bald auf die Bemerkung, daß die factischen Momente, von welchen die Entstehung oder Zerstörung der Rechte abhängt, größtentheils, wenn nicht vielleicht immer, in einer Veränderung des bisherigen Zustandes bestehen. Man gewöhnte sich also daran, als Subject des Beweis- und Gegenbeweissatzes eine Veränderung zu denken, um deren Existenz oder Nichtexistenz (Setzung oder Aufhebung) es sich handelt; und so kam es, daß man in der Beweistheorie einen Satz, welcher den Eintritt einer Veränderung aussagt, einen bejahenden; — einen solchen aber, welcher die Existenz der Veränderung läugnet, einen verneinenden Satz nannte. Hiernach ist die Behauptung: „A lebt noch“ nur der Form nach bejahend, der Sache nach aber verneinend; weil hier (wie bei jedem Beweissatze) eine Verände-

rung, in unserm Falle der Tod des A — als Subject gedacht, und rücksichtlich desselben die Existenz geläugnet wird. Dagegen ist der Satz: „A ist nicht mehr am Leben“ nur formell verneinend, in Wirklichkeit aber bejahend, weil der Eintritt einer Veränderung (des Todes nämlich) behauptet wird. — Wer anführt, „sein Gegner sey ihm das erhaltene Darleihen noch schuldig“ verneint nur die Zurückzahlung oder sonstige Erlöschung der Schuld, indem er das Fortbestehen zu bejahen scheint. — Der Satz: „ich bin dir nichts mehr schuldig“ ist ungeachtet der verneinenden Form bejahend, weil er den Eintritt einer Veränderung: Zahlung, Erlassung der Schuld u. dgl. aussagt.

Daß die juridischen Classiker, daß die Glossatoren und deren unmittelbare Nachfolger den Begriff positiver und negativer Sätze so aufgefaßt haben, wird später gezeigt werden. — Unter den Neueren hat schon Schmidt *), noch glücklicher aber Schneider **) diese innere und wesentliche Opposition positiver und negativer Sätze herausgehoben. Dem letztern ist es insbesondere geglückt, in die terra incognita seines Gegenstandes weiter als jeder andere vorzu-

---

*) Lehrbuch von gerichtlichen Klagen, §. 80 a. b. »Eine wahre Verneinung,“ heißt es daselbst, »ist, wodurch mit »den Worten den Gedanken nach Etwas, daß es nicht ge- »schehen sey oder nicht sey (?) zu erkennen gegeben wird. »Eine bloß scheinbare Verneinung aber ist, wodurch nur »nach dem bildlichen (?) Ausdrucke der Worte, nicht aber »den Gedanken nach, daß etwas nicht geschehen oder nicht „sey (?) angedeutet wird, wo also unter den Worten „vielmehr eine wahre Bejahung verborgen liegt.“

**) In seiner oben citirten vollständigen Lehre vom rechtlichen Beweise.

bringen; und wenn auch das juridische Publicum die Fortschritte dieses geistvollen Schriftstellers nicht nach Gebühr beachtete und benützte, so sah es sich doch veranlaßt, Schneiders scharfe Begriffsbestimmungen wenigstens theilweise anzunehmen; obgleich man inconsequent genug immer wieder zu dem alten Formalismus zurückkehrte *).

Diese Rückfälle sind um so befremdlicher, die Schwierigkeiten, welche man bei der Adoption jener Vorstellungsweise zum Behufe der Beweistheorie finden will, sind um so weniger zu erklären,

---

*) So heißt es z. B. in Wagner's Vorbegriffen §. 7.: „Im Beweissatze wird entweder die Existenz, oder die Nichtexistenz einer bestimmten Thatsache ausgesagt. Im ersten Falle ist er positiv (affirmativ), im zweiten negativ. Eben so wird das dadurch ausgesagte Factum im ersten Falle ein positives, im zweiten dagegen ein negatives genannt;“ und im §. 8.: „Alles was wir „geschehen“ nennen, hat etwas, das vor ihm war, in der Zeit und im Raume verändert; was wir dagegen „nicht geschehen“ heißen (das negative Factum) hat das, was war, gelassen, wie es war u. s. w.“ — In dieser Darstellung läßt sich die Schneider'sche Ansicht von der Realopposition positiver und negativer Sätze nicht verkennen. Allein an demselben Orte (§. 8) will die Möglichkeit des Beweises negativer Sätze durch die Bemerkung begründet werden, daß sich jeder negative Satz durch Verwechslung der Prädicate in einen affirmativen verkehren lasse, womit offenbar nur eine formale Umwandlung gemeint seyn kann, weil ein real verneinender Satz seinem Wesen nach verneinend bleibt, man mag mit seiner Form beginnen, was man will. Auch wird von Wagner bald darauf die reale Bedeutung des Positiven und Negativen wieder aufgenommen und festgehalten.

da ja die Realopposition positiver und negativer Sätze in einer höchst bedeutenden Partie des Civilrechtes, nämlich in der Materie der Bedingungen, seit lange her in ihrer ganzen Wichtigkeit erfaßt, und allgemein anerkannt worden ist. Wenn man dort von bejahenden und verneinenden Bedingungen spricht, so kann man natürlich dabei nichts anderes, als die Sätze im Sinne haben, welche die Bedingungen ausdrücken. Denn die Ereignung selbst, wovon ein Recht abhängig gemacht wird, kann ihrer Natur nach weder positiv noch negativ heißen; — wohl aber ist es der Satz, welcher aussagt, daß jene Ereignung eintreten oder nicht eintreten soll; der Satz, welcher den Erfolg oder Nichterfolg der Ereignung setzt, wovon das Recht abhängt *). Und hiebei ist man nun allgemein darüber einverstanden, daß es gar nicht auf den Ausdruck, auf die logische Form des Satzes ankomme; daß derselbe formell negativ lauten, aber doch reell bejahend seyn, d. h. eine bejahende Bedingung darstellen könne, und umgekehrt **).

Nachdem hiemit das Realkriterium positiver und negativer Sätze in das Civilrecht eingeführt, und durch allgemeine Zustimmung anerkannt worden ist, wie kommt es, fragen wir, daß man dasselbe gerade in der Beweistheorie, wo es die wichtigste Rolle zu spielen bestimmt ist, wie ein ganz neues, fremdartiges zurückweisen will?

---

*) §. 696 a. b. G. B.

**) S. des Herrn Regierungsrathes Winiwarter österr. bürg. Recht, III. Theil, S. 204, — des Herrn Appellat. Rathes Nippl Erläuterungen, — des Herrn Prof. Helm Abhandlung über den Begriff und die Eintheilung der Bedingungen in Wagner's Zeitschrift J. 1825, 1. Band, S. 204, — des Herrn Professors Haimberger reines röm. Priv. R., I. Thl. S. 126, Note h h.

## §. 8.

### Beseitigung der gegen das Realkriterium bejahender und verneinender Sätze von Weber erhobenen Bedenken.

Betrachtet man die gegen das Realkriterium positiver und negativer Sätze von dessen Widersachern bisher wirklich erhobenen Bedenken etwas aufmerksamer, so stellen sie sich als nichtig genug dar. Weber *) greift dieses Realkriterium, welches auf den Begriffen von Bleiben und Verändertwerden beruht, nur in zweierlei Beziehungen an.

Erstlich, sagt er, sey das Wesentliche aller Bejahung und Verneinung darin zu setzen, daß erstere ein gewisses Seyn oder die Verbindung eines Prädicates mit dem Subjecte, letztere ein gewisses Nichtseyn oder die Nichtverbindung des Prädicates mit dem Subjecte andeutet. Nun wäre aber nicht abzusehen, warum der Satz: A lebt, oder lebt noch, da er doch offenbar ein Seyn oder ein noch fortgesetztes Seyn ausdrückt, und so auch jeder andere Satz, der ein Bleiben oder fortgesetztes Seyn andeutet, nicht als bejahend müßte angesehen werden. — Hierauf ist zu bemerken, daß ja eben das Wesentliche unserer Ansicht darauf beruht, daß als Subject jedes Beweis- oder Gegenbeweissatzes eine Ereignung oder Veränderung gedacht wird, um deren Seyn oder Nichtseyn es sich handelt. Deßhalb ist, sobald die Geburt des A erwiesen oder zugegeben wurde, der Satz: A lebt, oder lebt noch, obgleich

---

*) Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse. Halle 1832. S. 159 und 160.

das fortgesetzte Seyn des A aussagend, dennoch realverneinend, weil in demselben der Wesenheit nach nichts anderes, als der Nichteintritt einer Ereignung — des Todes nämlich — behauptet, oder der Eintritt desselben negirt wird.

Zweitens soll jenes Realkriterium bejahender und verneinender Sätze nach Weber's Meinung nicht erschöpfend genug seyn, um darnach die Qualität aller in den Gerichten vorkommenden Thatsätze richtig bestimmen zu können. „Wahr ist es“ so sagt Weber a. a. O., „daß Handlungen, wodurch etwas unternommen wird, und Begebenheiten, wodurch etwas geschieht, allemahl in einer Veränderung besteht, und daß die Behauptung einer solchen Veränderung bejahend ist. Allein nicht immer ist in den Sätzen, bei denen die Frage vom Beweise vorkommt, von Handlungen und eigentlichen Begebenheiten oder deren Unterbleiben, sondern oft auch von Eigenschaften und Verhältnissen — id, quod facti est — die Rede. Hierfür gibt jenes Realkriterium nichts weniger als eine zuverlässige Auskunft.“

Auch dieser Einwurf beruht auf einem Mißverständnisse, und läßt sich sehr leicht beheben, wenn man sich nur eine klare Vorstellung von der Natur jener Sätze zu verschaffen sucht, welche von Eigenschaften und Verhältnissen sprechen. Schneider hat dieselben unter dem Namen einschränkender Sätze in sein System eingeführt, ohne jedoch über die Qualität derselben im Klaren zu seyn. Er behauptet nämlich, diese einschränkenden Sätze hätten gar keine selbstständige Qualität, sondern nähmen immer die realbejahende Natur des Hauptsatzes an, auf den sie sich beziehen *). Dieß ist aber

---

*) Sieh Schneider's vollständige Lehre vom rechtl. Beweise §§. 17 u. 22; dann die Anmerkung VII. zum §§. 27 u. 28.

geradezu falsch. — Denn jeder Satz, welcher über das Seyn oder Nichtseyn gewisser Eigenschaften oder Verhältnisse sich ausspricht, muß entweder die Behauptung von der Existenz eines Factums involviren oder nicht, je nachdem er das Seyn oder Nichtseyn jener Eigenschaften und Verhältnisse als Folge der jenes Seyn oder Nichtseyn bedingenden Begebenheiten, oder als bloßes Fortbestehen der einmal begründeten Zustände darstellt. Der Satz ist daher im ersten Falle nach Anleitung unseres Realkriteriums als realbejahend; im zweiten Falle als realverneinend zu betrachten. — Der Satz: Das Pferd ist krumm, welcher bloß eine Beschaffenheit ausdrückt, kann entweder realbejahend oder realverneinend seyn, je nachdem behauptet wird, das Pferd sey erst krumm geworden, oder es habe nur nicht aufgehört, krumm zu seyn (sey noch krumm). — Auf gleiche Weise muß man den Satz: A ist verehelicht, welcher ein Verhältniß anzeigt, als realbejahend betrachten, wenn damit gesagt wird, daß der früher unverheirathete A später eine Ehe geschlossen habe; realverneinend aber, wenn er ausdrückt, daß die schon vorlängst geschlossene Ehe des A noch fortbestehe, d. h. daß sie nicht wieder getrennt worden sey.

Gewöhnlich kommen derlei Sätze über Eigenschaften und Verhältnisse bei der Gelegenheit vor, als um eine gewisse Ereignung gestritten wird, zu welcher eben jene Eigenschaften und Verhältnisse als wesentliche Stücke gehören. Durch sie ist das Factum eigentlich erst das, was es ist, und sie können nach Maßgabe der Umstände auch einen selbstständigen Gegenstand der Beweisführung ausmachen.

Man setze z. B., es handle sich um die Bezahlung eines Wechsels. Daß der Geklagte diese Urkunde ausgestellt habe, ist gar nicht streitig. Allein der Kläger behauptet, der Wech-

sel sey in Preßburg am 1. Jänner 1839 ausgestellt worden, was der Geklagte widerspricht. In einem solchen Falle wird der Beweissatz sich lediglich auf ein Verhältniß im Raume und in der Zeit beziehen. Diejenige Partei, welche behauptet, daß das Factum in einer bestimmten Zeit und an einem gegebenen Orte sich zugetragen habe, bejaht; diejenige aber, welche behauptet, daß es sich zu jener Zeit und an jenem Orte nicht zugetragen habe, verneint *).

Wenn die Parteien darüber einig sind, daß ein Darleihen zugezählt worden, aber über den Betrag desselben streiten; indem der Kläger 250 Thlr. gegeben zu haben behauptet, während der Geklagte nur den Empfang von 200 Thlrn. als richtig anerkennt, das Mehr von 50 Thlrn. aber in Abrede stellt: so steht hier einzig und allein die Quantität der Leistung, mithin ein Verhältniß der Größe in Frage. Dennoch ist von den hierüber auf beiden Seiten angebrachten Behauptungen die eine realpositiv, die andere realnegativ. Der Kläger, welcher außer den unstreitig gegebenen 200 Thlrn. noch weitere 50 Thlr. gegeben haben will, bejaht; der Geklagte aber verneint in Wahrheit, was hier um so leichter zugegeben werden dürfte, da man sich ohnehin die Zuzählung des streitigen Mehrbetrages leicht als eine an und für sich bestehende Ereignung oder Handlung denken kann.

Ganz in ähnlicher Weise können auch die streitigen Behauptungen der Parteien die Qualität der Leistung

---

*) Ob der Inhaber eines angeblich förmlichen Wechsels diese Eigenschaft, mithin den Ausstellungsort, im Falle des Widerspruches beweisen müsse, ist eine andere Frage, welche aus der Natur bejahender und verneinender Sätze allein nicht entschieden werden kann.

zum alleinigen Gegenstande haben; wie wenn beide Theile darüber einverstanden sind, daß ein Pferd übergeben worden, der Kläger aber gegen den Widerspruch des Geklagten behauptet, dasselbe sey von brauner Farbe gewesen. Der Satz des Klägers bejaht die Übergabe eines Pferdes von brauner Farbe; der des Geklagten beschränkt sich darauf, die Übergabe eines braunen Pferdes zu verneinen. Das Realkriterium der Positivität und Negativität findet auch auf diese Sätze volle Anwendung.

Wenn endlich der Kläger behauptet, der für ihn erwiesener Maßen hervorgekommene Schade sey nicht durch Zufall, sondern aus der Causalität seines Gegners, aus dessen Verschulden entstanden, — oder wenn der Vertreter eines unehelichen Kindes in der gegen den angeblichen Vater angestellten Klage anführt, die Empfängniß und Geburt dieses Kindes sey die Folge eines von dem Geklagten gepflogenen Beischlafes: so wird man gewiß ohne Anstand zugeben, daß in diesen Fällen, wo sich alles nur um das Verhältniß der Causalität dreht, die Behauptungen der Kläger, welche den Eintritt der Ereignung gerade in einen bestimmten Causalnexus setzen, realbejahend; die der Geklagten aber, welche im Falle des Widerspruches die Setzung des Factums durch jene Ursache läugnen, realverneinend genannt werden müssen.

Dem aufmerksamen Leser wird es kaum entgangen seyn, daß die hier aufgeführten, aus dem gewöhnlichen Geschäftsleben genommenen Beispiele gar sehr an jenes Schema erinnern, welches uns die Philosophen von den Stammbegriffen des menschlichen Geistes geben. Die Sache ist auch gar nicht verwunderlich. Denn die Ereignungen, von welchen vor Gericht die Rede ist, müssen eben so, wie die ganze

Welt der Erfahrung, zu welcher sie gehören unter den Kategorien des Raumes, der Zeit, der Quantität, Qualität, Relation und Modalität aufgefaßt und begriffen werden *). Ja man kann recht eigentlich sagen, daß jedes Factum seine vollkommene Individualisirung eben erst dadurch erhält, wenn es in allen jenen Beziehungen wirklich bestimmt ist; so daß im Grunde nur alle diese Bestimmungen zusammengenommen die Ereignung selbst ausmachen. Wer sich auf ein Factum beruft, meint damit ein ganz bestimmtes, durchaus individualisirtes Factum, mit allen jenen Eigenschaften und Verhältnissen, welche dasselbe zu dem machen, was es ist; gerade das Factum, welches an jenem Orte, zu jener Zeit, auf solche Weise, aus einer bestimmten Ursache und so weiter, hervorgegangen ist; und wenn im Processe nicht immer alle diese Merkmahle zur Sprache kommen, so geschieht dieß nur darum, weil sie entweder ohnehin als bekannt und ausgemacht richtig anerkannt sind, oder weil ihr Vorhandenseyn in dem gegebenen Falle nicht von entscheidender Wichtigkeit zu seyn scheint. — Wer also die oberwähnten Bestimmungen des Factums, sey es nun alle oder einzeln als existent vertheidigt, der bejaht damit die

*) In den obigen Beispielen wurden von diesen Momenten nur diejenigen berücksichtigt, über welche im gemeinen Leben am gewöhnlichsten gestritten wird. Insbesondere habe ich das Verhältniß der Ereignungen zum Erkenntnißvermögen (die sogenannte Modalität), nach welchem mögliche, wirkliche und nothwendige Facta unterschieden werden, ganz übergangen, weil in der Regel alle im Processe entscheidenden Facta als wirkliche bewiesen werden müssen. Inzwischen kann es ausnahmsweise allerdings auch auf den Beweis über die bloße Möglichkeit oder Nothwendigkeit des Eintrittes einer Ereignung ankommen.

Existenz des ganzen Factums selbst, weil dieses nur in jenen Bestimmungen und durch dieselben besteht. Wer hingegen auch nur Eine dieser Bestimmungen läugnet, der verneint die Existenz des ganzen Factums, welches ohne dieses eine Merkmahl gar nicht mehr dasselbe Factum wäre.

Hieraus ist ersichtlich, daß auch diejenigen im Civilprocesse vorkommenden Thatsätze, deren unmittelbarer Gegenstand nicht geradezu Handlungen und Begebenheiten, sondern Eigenschaften und Verhältnisse sind, zuletzt dennoch auf den Eintritt oder Nichteintritt einer Ereignung sich beziehen, und folglich den Charakter von realpositiven oder realnegativen Sätzen an sich haben. Und somit ist auch der zweite Einwurf Weber's gegen das Realkriterium positiver und negativer Sätze entkräftet.

## §. 9.

### Beurtheilung einiger anderer Bedenken, welche der Anwendbarkeit des Realkriteriums bejahender und verneinender Sätze entgegen zu stehen scheinen.

Inzwischen fallen bei der Anwendung der Begriffe von positiven und negativen Sätzen noch andere Bedenken auf, welche wenigstens eben so scheinbar sind als die so eben erwähnten, und von welchen unsere Gegner wunderlicher Weise keine Meldung machen.

Es entsteht nämlich die Frage: Wer zu beweisen habe, nur unter der Voraussetzung, daß die streitenden Parteien über einen gewissen entscheidenden Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes Entgegengesetztes behaupten. Dieser zwischen den beiderseitigen Behauptungen Statt findende Gegensatz kommt in der Regel allerdings dadurch zu

Stande, daß ein Theil das directe Widerspiel desjenigen vertheidigt, was der Andere zu seinen Zwecken anführte: indem der Geklagte z. B. in seinem Gegenbeweissatze dasselbe Prädicat von dem Subjecte trennt, welches der Kläger im Beweissatze damit verbunden hat. Der Widerspruch erfolgt dann **per simplicem negationem**, wie sich die Logiker auszudrücken pflegen; und von dergleichen contradictorisch entgegengesetzten Sätzen ist freilich immer der Eine realpositiv, der Andere realnegativ, so daß nach diesem Unterschiede die Vertheilung der Beweislast geschehen kann. (Wie wenn der Satz: Geklagter habe kein Darleihen empfangen, der Behauptung: Geklagter habe ein Darleihen empfangen, gegenüber steht.)

Allein der Widerspruch kann auch **per positionem alterius**, durch eine blos conträre Entgegensetzung ausgeführt werden, wenn der Widersprechende sich nicht auf die Abläugnung beschränkt, sondern vielmehr den Eintritt einer Ereignung, das Vorhandenseyn einer Eigenschaft oder eines Verhältnisses behauptet, welche mit der Behauptung des Gegners unverträglich sind, und dieselbe ausschließen. (Wie wenn z. B. der Kläger anführt, der Geklagte habe von ihm 100 Thaler als Darleihen erhalten; dieser aber behauptet, jene 100 Thaler vom Gegner als Geschenk erhalten zu haben.) Hier behauptet jeder Streittheil eine selbstständige Ereignung, und die sich entgegenstehenden Sätze sind beide realpositiv. Es hat also den Anschein, als ob in solchen Fällen, welche täglich in den Proceßschriften vorkommen, die Vertheilung der Beweislast nach dem Unterschiede bejahender und verneinender Sätze durchaus nicht geschehen könnte, und man dürfte versucht seyn, das Realkriterium aus diesem Grunde als unzulänglich und unpractisch zu verwerfen.

Dieß wäre nun freilich etwas übereilt gehandelt. Denn wer seine Logik nicht ganz vergessen hat, wird leicht auf die Bemerkung gerathen, daß der conträre Widerspruch (per positionem alterius) den contradictorischen (per simplicem negationem) in sich schließt. Wenn in dem zuletzt angeführten Beispiele der Geklagte behauptet: Ich habe die 100 Thaler vom Kläger als Geschenk erhalten, so hat er damit auch gesagt, daß er die 100 Thaler nicht als Darleihen empfangen habe. Seine Absicht ist auch gar nicht darauf gerichtet, eine selbstständige Behauptung aufzustellen, sondern nur die Behauptung des Gegners per positonem alterius zu widersprechen. Das Wesentliche seiner Gegenrede besteht also in der Abläugnung des von dem Kläger angeführten Factums. Daß er diese Verneinung auf einem indirecten Wege durch die Bejahung eines mit jenem Factum im Widerspruche stehenden Factums vorbringt, mag seinen guten Grund haben. Es kann ihn besonders bei der Führung des (indirecten) Gegenbeweises gar sehr erleichtern; aber nimmermehr ihn zur Übernahme eines Vorbeweises verpflichten *). Es ist in solchen Fällen der Widerspruch per positionem alterius auf dem Standpunkte der Beweislehre lediglich als eine simplex negatio zu betrachten, und rücksichtlich der Beweislast gerade so zu behandeln, als wenn der Widersprechende sich eines realverneinenden Satzes bedient hätte. Unser Realkriterium findet also auch hier seine volle Anwendung. — Dagegen ergibt sich die natürliche Gränze seiner Anwendbarkeit aus folgender Betrachtung:

---

*) Man vergleiche die trefflichen Bemerkungen des Herrn Appellationsrathes Kitka in dessen: Beweislehre im österr. Civilprocesse. Wien 1836. §§. 9 und 20.

Das Charakteristische von realverneinenden Sätzen liegt darin, daß sie den Gegenstand, um dessen Bestimmung es sich handelt (das Subject), lediglich von einer bestimmten Sphäre ausschließen, ohne zugleich anzugeben, in welche von allen andern möglichen Sphären derselbe zu versetzen sey. Wenn ich z. B. von einem Gegenstande nichts anderes aussage: als daß er nicht roth sey: so lasse ich es völlig unbestimmt, ob er zu den blauen, gelben, grünen, ja ob er überhaupt zu den farbigen Gegenständen gehöre. — Wenn ich widerspreche, daß die von meinem Gegner producirte Urkunde meine Handschrift sey, so bleibt es gänzlich ungewiß, wer denn sonst die Schrift ausgefertigt haben mag, und meine Abläugnung umfaßt einen unendlich weiten Kreis von Möglichkeiten, in deren Erörterung weiter gar nicht eingegangen wird. Wir werden später (§. 25.) sehen, daß dieser unverhältnißmäßig große Umfang, welchen realverneinende Sätze vor den realbejahenden voraus haben, der einzige haltbare Grund ist, warum man jene für wahrscheinlicher als diese ansieht, und dem Verneinenden größern Glauben schenkt als dem Bejahenden, welcher eben deßhalb, um mit seiner unwahrscheinlicheren Behauptung aufzukommen, den Vorbeweis liefern muß.

Allein dieses für die Vertheilung der Beweislast so entscheidende Verhältniß des Umfangs bejahender und verneinender Sätze findet man nicht immer in der Wirklichkeit, wenn man auf den Inhalt der Sätze Rücksicht nimmt. Es kann nämlich allerdings auch geschehen, daß der dem Anscheine nach realverneinende Satz seinen Gegenstand eben so genau bestimmt, als der demselben contradictorisch entgegengesetzte realbejahende. Dieß ist immer der Fall, wenn in einer gewissen Beziehung das Reich der Möglichkeit nur in zwei

gleich eng begränzte Sphären zerfällt, so daß Alles, was von der Einen ausgeschlossen wird, nothwendig in die Andere fallen muß; wie wenn es sich z. B. um die Beantwortung der Frage handelt, von welchem Ehetheile der Erwerb der während der Ehe erzielten Vermögensvermehrung herrühre. Denn hier liegt es in der Voraussetzung, daß jedes einzelne Stück des fraglichen Vermögens nur von dem Manne oder von dem Weibe erworben werden konnte. Derjenige, welcher in Abrede stellt, daß der Erwerb vom Manne herrühre, behauptet zugleich die Erzielung desselben durch die Thätigkeit des Weibes, und der negative Satz: der Erwerb stamme nicht vom Weibe her, ist nur eine andere Form der bejahenden Behauptung, daß der Mann der Erwerbende gewesen sey.

In diesen Fällen hat der Widerspruch des Einen, gerade so wie die Behauptung des andern Theiles den Charakter eines realbejahenden Satzes an sich, weil er implicite ein vollkommen bestimmtes Factum setzt. Der Unterschied zwischen bejahenden und verneinenden Sätzen verschwindet gänzich, es kann also auch die Vertheilung der Beweislast nach unserm Realkriterium nicht geschehen, und man muß zugeben, daß die Anwendbarkeit desselben gerade hier seine natürliche Gränze finde, wodurch es nothwendig wird, für die Vertheilung der Beweislast einen andern Anhaltspunkt zu suchen, welcher sich aber, wie wir später sehen werden, aus der natürlichen Stellung der Parteien auf eine völlig ausreichende Weise ergibt.

---

Somit schließe ich die einleitenden Untersuchungen, welche mir durch das Schwanken der hieher gehörigen Vorbegriffe nothwendig gemacht schienen, und gehe nun zur Darstellung

der Grundsätze über, welche sich über die Beweislast im Laufe der Zeiten entwickelt haben.

## §. 10.

### Regeln des römischen Rechtes über die Beweislast. — Verschiedene Auslegung derselben.

In den römischen Gesetzbüchern finden sich folgende zwei allgemeine Regeln über die Beweislast:

**A. Ei incumbit probatio, qui dicit non qui negat.**

**B. Actori incumbit probatio.**

Daß man auf diese Aussprüche der Rechtsquellen allenthalben das größte Gewicht legte, versteht sich von selbst. Sie wurden in der Praxis tausendfältig citirt; die Theoretiker stellten sie als untrügliche Axiome an die Spitze der Lehre von der Beweislast; und selbst dann noch, als man diese Lehre aus dem philosophischen Gesichtspunkte selbstständig zu entwickeln angefangen hatte, schien es nothwendig oder doch anständig, die Ergebnisse des freien Forschens mit den Aussprüchen der classischen Juristen zu vergleichen. — Hiebei wurde nun freilich gedeutet und gedeutelt, so gut es gehen mochte, und jene beiden Sätze mußten sich wie die Orakelsprüche des delphischen Gottes der Ansicht jeder Partei bequemen. Die Anhänger der verschiedensten Systeme glaubten sich auf die Gewähr eines dieser Axiome berufen zu können; und wer eine verläßliche Übersicht all dieser mitunter verworrenen Bestrebungen gewinnen will, darf die Mühe nicht scheuen, sich mit der Art und Weise bekannt zu machen, auf welche die erwähnten Regeln des römi-

schen Civilrechtes ausgelegt, und als Grundlage für die verschiedenen Theorien der Beweislast benützt wurden.

A. Der Ausspruch des Paulus: Ei incumbit probatio, qui dicit non qui negat *) hat eine zweifache Auslegung erfahren:

a. Denn vorerst schien das Natürlichste, daß das dicere im Gegensatze vom negare soviel bedeute als: asserere, asseverare, affirmare, und daß also Paulus mit jenen Worten nichts anderes sagen wollte, als: Ei incumbit probatio, qui aliquid affirmat; oder Affirmanti non neganti incumbit probatio. — Diese Paraphrase, zu welcher sich schon die Glosse des Civilrechtes und das Scholion der Basiliken bekannte, ist auch bis auf die neuesten Zeiten von den meisten Lehrern des römischen und canonischen Rechtes an die Spitze der Beweislehre gestellt worden; von den Letzteren um so zuversichtlicher, da ihre Quellen den Beweis der Negative geradezu für unmöglich zu erklären, und die ganze Regel lediglich auf diese vermeintliche Unmöglichkeit jeder probatio negativae zu gründen scheinen. Es konnte nicht fehlen, daß die Unhaltbarkeit dieses mit kaum begreiflicher Hartnäckigkeit vertheidigten Scheingrundes von manchen helleren Köpfen erkannt wur-

---

*) Fr. 2. Dig. De probat. (22, 3.) — Dasselbe sagt auch die nicht minder oft berufene L. 23. Cod. de probat. (19, 4.) Actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit; cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. — Eben so die gleichlautende L. 10. Cod. De non num. pec. (4, 30.)

de, welche aber ihrerseits mit dem als untüchtig erkannten Grunde voreilig genug auch das Begründete verwarfen, und frisch weg zu einer neuen Auslegung des **Fr. 2 Dig. h. t.** schritten.

b. Das dicere, meinten sie, wollte dort nichts anderes bedeuten als: eine Behauptung vorbringen, aus welcher ein Recht oder die Befreiung von einer Verpflichtung abgeleitet werden soll. Daher sey derjenige, welcher sein Recht oder seine Befreiung auf ein Nonfactum gründet (**is qui in negativa se fundat**), eben sowohl ein **dicens** als jener, welcher sich auf ein Factum (im eigentlichen Sinne) beruft. Durch diese bequeme Auslegung des Wortes **dicere** gelangte man zu einem zweiten Hauptgrundsatze für die Lehre von der Beweislast, nach welchem jede Partei den Grund ihrer Anträge zu beweisen haben soll, es mag nun solcher in einer positiven oder negativen Behauptung bestehen.

So hatten sich also schon durch die doppelte Auslegung des **Fr. 2. Dig. h. t.** zwei Haupttheorien über die Beweislast gebildet, deren Eine sich ganz auf den Unterschied zwischen bejahenden und verneinenden Sätzen gründet, während die Andere diesen Unterschied als durchaus gleichgiltig betrachtet wissen will.

**B.** Noch unbestimmter und mehrdeutiger als jener Ausspruch des Paulus ist die zweite der oben erwähnten Regeln des römischen Rechtes. — Daß der Satz: **Actori incumbit probatio** *) nicht so aufzunehmen sey, als ob

---

*) **Fr. 21. Dig. De probat. et praes. (22, 3.)** Et verius est, ipsum, qui agit, id est legatarium probare

der Kläger ganz allein die Last des Beweises zu tragen hätte, versteht sich wohl von selbst. Jedermann weiß, daß auch der Geklagte den ersten oder Vorbeweis zu übernehmen genöthigt ist, um der Klage frei zu werden, wenn er eine Einwendung geltend machen will *), oder wenn der Kläger von einer Rechtsvermuthung unterstützt auftritt. Die Digesten enthalten auch mehrere Stellen, in welchen ausgesprochen wird, daß der Geklagte, in so fern er eine Einwendung geltend macht, die Rolle des **actor** übernehme **).

Sollte also der Satz: **Actori incumbit probatio** eine allgemeine Geltung erhalten, so müßte dem Worte **actor**

---

oportere, scivisse alienam rem legare defunctum: non heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. — L. 20. Cod. De probat. (4, 19.) Si de possessione servitutis possessionis instrumentis subtractis in libertatem proclamat Eutychia: cum petitori probationis onus incumbat, intentione sua defecta, his juvari minime potest. — Conf. §. 4 in f. Inst. De legatis (2, 20.)

*) L. 1. Cod. De probat. (4, 19). Ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet.

**) Fr. 1. Dig. De except. et praescr. (44, 1). Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. — Fr. 19. Dig. De prob. (22, 3.) In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere; ipsumque exceptionem velut intentionem implere.

eine viel weitere Bedeutung untergelegt werden, als man gewöhnlich damit verbindet.

a. In diesem Sinne nun stellte man die Sache folgendermaßen dar: Die Rolle des **actors**, hieß es, übernehme jeder Streittheil, er sey Kläger oder Geklagter, in sofern als er ein Recht oder eine Befreiung geltend macht, und folglich in gewissem Sinne wenigstens als Angreifer auftritt. Durch diese künstliche Deutung entstand eine Paraphrase, welche wir bei vielen Neuern, z. B. bei Thibaut *) mit folgenden Worten finden: „Dem Theile ist „der Beweis aufzulegen, welcher, ohne von „rechtlichen Vermuthungen unterstützt zu seyn, „die Stelle eines Klägers vertritt; er gründe „sich nun auf eine bejahende oder verneinende „Behauptung, also dem Kläger in Rücksicht des „Grundes der Klage, dem Verklagten in Rücksicht des Grundes der Exceptionen." — Man kann bei einiger Aufmerksamkeit die Bemerkung entnehmen, daß hiermit durchaus kein originelles Princip, sondern nur eine etwas modificirte Darstellung des unmittelbar vorher (**A. b**) entwickelten Grundsatzes gegeben sey: daß jede Partei den Grund ihrer Anträge zu beweisen habe, es mag nun solcher in einer positiven oder negativen Behauptung bestehen; so daß der Satz: **Actori incumbit probatio** nach dieser Deutung mit der Regel: **Ei incumbit probatio, qui dicit non qui negat** nach dem **ad A. b** angegebenen Sinne zusammenfällt.

---

*) System des Pandecten-Rechtes. I. §. 631.

b. Inzwischen war jener Regel: Der Kläger habe zu beweisen, noch eine andere Seite abzugewinnen, so daß sie dennoch einen unentbehrlichen Grundsatz über die Vertheilung der Beweislast zu enthalten, und eine selbstständige Geltung zu behaupten schien. Der oberste Grundsatz über die Beweislast soll bestimmen, welche Partei den Vorbeweis zu liefern habe, wenn beide Theile über einen und denselben an sich ungewissen und entscheidenden Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Bestimmungen anführen. (Oben §. 3.) — Nun können aber mehrere dergleichen Momente an sich ungewiß und streitig seyn; und wenn nun allenfalls aus dem obersten Grundsatze entnommen wird, daß über den einen derselben der Kläger, über den andern der Geklagte den Vorbeweis zu liefern habe, so entsteht die weitere Frage: welcher von beiden mit seinem Vorbeweise den Anfang machen müsse? In einem solchen Falle, sagte man, müsse mit dem Satze: **Actori incumbit probatio**, ausgeholfen werden. Es erscheint nämlich der Kläger (das Wort in seinem gewöhnlichen Sinne genommen) in so fern als vorzugsweises Subject der Beweisführung, als er über jene Behauptungen seiner Klage, worüber er nach Anleitung des obersten Grundsatzes der Beweislast dem Richter Gewißheit zu verschaffen hat, zuerst d. h. früher beweisen muß, als der Geklagte verpflichtet ist, die ihm obliegenden Beweise zu liefern. Denn jede Klage bezweckt eine Veränderung des bisherigen Rechtszustandes, welche der Richter nicht ohne rechtliche Begründung bewilligen kann. Der Kläger ist daher als angreifender Theil allemal verbunden, den geschichtlichen Grund seines Begehrens in rechtliche Gewißheit zu setzen, sobald dieser Grund überhaupt eines Beweises bedarf, und von dem

Geklagten in Abrede gestellt wird. Ganz ohne allen Beweis kann er, wenn sein Gegner ihm nicht freiwillig alles zugesteht, kein günstiges Urtheil erwirken *). — Dagegen kann der Geklagte allerdings der Klage entledigt werden, wenn er auch gar nichts beweist, vorausgesetzt, daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis schuldig geblieben ist. Denn dann ist weder ein Gegenbeweis nothwendig (welcher ja seinem Begriffe nach einen bereits hergestellten ersten Beweis voraussetzt); noch kann der Beweis einer Einwendung gefordert werden, so lange das Recht oder die Verbindlichkeit nicht gehörig begründet wurde, wogegen die Exception gerichtet ist **). — Kurz der Geklagte, welcher durch die Klage aus

---

*) Man vergleiche: Weber's treffliche Bemerkungen a. a. O. S. **119** u. f. — dann das Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, redigirt von D. Julius Weiske **II.** Band, **1.** Lieferung, Leipzig **1839**, wo in einem interessanten Artikel: Beweis und Beweisverfahren vom Professor D. Jordan die neuesten Ansichten über diesen Gegenstand zusammengestellt sind.

**) Hierüber sprechen sich schon die römischen Gesetze auf das Bestimmteste aus: L. ult. Cod. Ad leg. Corn. de falsis. (9, 22.) Praebemus licentiam, ut sive civiliter sive criminaliter (ut actor elegerit) super prolatis codicillis vel aliis instrumentis requiratur: incumbat probatio fidei instrumenti ei primitus qui scripturam protulerit, deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit. — L. 9. Cod. De except. seu praescr. (8, 36.) Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hoc confitendo exceptione te munitum asseveras; de hoc tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita

seiner bisherigen rechtlichen Stellung gebracht werden soll, genießt den Vortheil des Besitzes, und wird deßhalb in den römischen Gesetzen nicht selten dem petitor (actor) als possessor (reus) entgegengesetzt *). Die Richtigkeit dieser Bemerkungen ist allerdings einleuchtend. Allein es dürfte nicht übersehen werden, daß derselbe Vortheil, welchen der Geklagte rücksichtlich seiner Einwendungen genießt, auch dem Kläger rücksichtlich der sogenannten Repliken und hinwieder dem Geklagten in Ansehung seiner Dupliken zu Statten komme: indem der Beweis der Repliken erst dann gefordert werden darf, wenn die Einwendungen vollkommen ausgeführt wurden, gegen welche sie gerichtet sind; die Dupliken des Geklagten aber nur unter der Voraussetzung bewiesen werden müssen, wenn die Repliken bereits erwiesen vorliegen, auf deren Zerstörung es damit abgesehen ist. Man sieht hieraus, daß diese bei der Beweisführung zu beobachtende Ordnung, welche allerdings in der Natur der Sache gegründet ist, durch den Satz: actori incumbit probatio,

---

exceptionis contestatione tunc demum, cum intentionem (suam) secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. — L. 19. Cod. De probat. (4, 19.) Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod asseverat, oportet.

*) Fr. 62. Dig. De judiciis (5, 1) — Fr. 8. §. 3. Dig. Si serv. vind. (85.) — Fr. 14. Dig. De prob. (22, 3.) — Fr. 7 §. 5. Dig. De liberali causa (40, 12.) — Fr. 15. fin. Dig. De operis novi nunc. (39, 1.)

nur höchst unvollkommen angedeutet wird. Zwar hat man denselben, um dieser Unvollkommenheit abzuhelfen, auf folgende Weise umschrieben; es habe zuerst:

1. Der Kläger den Grund seiner Klage, sohin

2. der Geklagte seine Einwendungen zu beweisen; erst nach Herstellung dieses Beweises komme die Reihe abermals

3. an den Kläger, welcher die bewiesenen Einwendungen durch Darthuung seiner Repliken, und sohin neuerlich

4. an den Geklagten, welcher die erprobten Repliken durch den Beweis der Dupliken entkräften müsse.

Allein auch damit ist nicht viel geholfen, weil ja immer wieder die Frage entsteht, was denn eigentlich zum Grunde der Klage und zu den Einwendungen, Repliken und Dupliken gehöre? Da diese Frage, wie wir später sehen werden, lediglich aus dem obersten Grundsatze über die Beweislast entnommen werden kann, so ist es offenbar, daß der Satz, **actori incumbit probatio** auch in dieser Umschreibung kein Princip für unsere Lehre ist, weil er ein höheres Princip voraussetzt, durch welches er erst seine Ergänzung und eigentlich erst seinen Gehalt erlangt. — Übrigens möge man ja die wichtige Bemerkung nicht übersehen, daß unser oberster Grundsatz sich über das Subject der Beweislast, über die Frage: wer hat zu beweisen, auszusprechen habe (§. 3); daß aber der Satz: **Actori incumbit probatio** in der hier angenommenen Bedeutung, obgleich er sich den Anschein gibt, das Subject der Beweislast bestimmen zu wollen *), dennoch in Wahrheit lediglich das Object der Beweislast betrifft,

*) Auch in der oben angegebenen Umschreibung ist von Subject und Object zugleich die Rede.

indem er schon als bekannt voraussetzt, was Grund der Klage, Einwendung, Replik und Duplik sey; — als ausgemacht annimmt, welche Partei rücksichtlich jedes einzelnen streitigen, an sich ungewissen und möglicher Weise entscheidenden Momentes in der geschichtlichen Grundlage des Processes den Vorbeweis herzustellen habe, und nur die Reihenfolge andeutet, nach welcher diese einzelnen Momente wirklich entscheidend, und folglich ein wirklicher Gegenstand der Beweisführung werden. Diese Reihenfolge muß aus den über die Materie des Rechtes bestehenden Gesetzen entnommen werden; die Bestimmung derselben bildet also gar keinen eigentlichen Gegenstand der Proceßlehre, und hat auf die Lösung der Frage: wer hat zu beweisen? nur einen zufälligen und mittelbaren Einfluß. — Wer sich dasjenige gegenwärtig hält, was wir oben (§§. 2 und 3) über den Unterschied zwischen Object und Subject und über den obersten Grundsatz der Beweislast zu entwickeln bemüht waren, wird unbedenklich zugeben müssen, daß der Satz: **Actori incumbit probatio** in dem hier angegebenen Sinne ein oberstes Princip in der Materie der Beweislast unmöglich vorstellen, sondern höchstens als Hilfssatz gelten könne, welcher durch die Bestimmung des Objectes auf die Bestimmung des Subjectes der Beweislast einen mittelbaren Einfluß nimmt.

c. Aber auch einen unmittelbaren Einfluß kann der Satz: **Actori incumbit probatio** auf die Bestimmung des Subjectes der Beweislast, auf die Entscheidung der Frage nehmen, welcher von beiden Streittheilen über einen und denselben Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes den Vorbeweis zu liefern habe. Wir werden nämlich später zwar die Ansicht zu begründen suchen, daß diese Frage zu-

oberst in dem Grundsatze: **Affirmanti, non negante incumbit probatio** ihre Lösung finde; daß Alles auf den Unterschied realbejahender und realverneinender Sätze ankomme; und daß überhaupt nur derjenige mit der Zumuthung eines Vorbeweises belastet werden dürfe, welcher eine Ereignung, Veränderung, ein Factum im eigentlichen Sinne behauptet. — Hiebei wird sich aber zugleich die natürliche Gränze zeigen durch welche die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes eingeschlossen ist, wenn man bedenkt, daß es auch solche Fälle gibt, wo die in ein und derselben Beziehung vorgebrachten Behauptungen der Streittheile beiderseits den Charakter eines positiven Satzes an sich tragen, so daß auch diejenige Partei, welche sich auf den Widerspruch zu beschränken, und die Behauptung ihres Gegners lediglich zu verneinen scheint, der Wahrheit nach ebenso wohl bejaht als ihr Gegner, und sich wie dieser auf die Behauptung einer Ereignung, Veränderung, eines Factums im eigentlichen Sinne stützt. — In diesen nicht selten eintretenden Fällen, wo beide Parteien in ein und derselben Beziehung widersprechende, aber beiderseits realbejahende Behauptungen vorbringen, findet die Regel: **Affirmanti incumbit probatio** begreiflicher Weise keine Anwendung, weil man, derselben folgend, beiden Parteien den Vorbeweis auflegen müßte, was jedoch eine **contradictio in terminis** wäre. — Und hier hilft der Satz: **Actori incumbit probatio** trefflich aus. Denn wenn der Richter unter solchen Umständen ohne Beweis weder der Behauptung des Klägers noch der des Geklagten Glauben schenken darf, so hat es bei dem bisherigen Rechtszustande zu bleiben. Der G e k l a g t e braucht gar nichts weiter vorzukehren, um im Besitze seiner bisherigen rechtlichen Stellung geschützt zu werden; der K l ä g e r aber, welcher ihn daraus verdrängen will, muß als angreifender Theil den geschichtli-

chen Grund seines Begehrens in rechtliche Gewißheit setzen, um ein obsiegliches Urtheil zu erhalten; **Actori incumbit probatio.** — Diese Regel darf demnach zwar nicht als oberster Grundsatz über die Last des Beweises, wohl aber als ein in dem natürlichen Verhältnisse der Parteien begründeter unentbehrlicher Hilfssatz betrachtet werden, welcher dann, wenn beide Theile bejahen, und deßhalb die Hauptregel: **Affirmanti incumbit probatio** keine Anwendung findet, den Kläger als vorzugsweises Subject der Beweislast bezeichnet.

## §. 11.

### Uebersicht der in der Doctrin vorkommenden Haupttheorien. — Ordnung der Materie dieser Abhandlung.

Der Inhalt des vorhergehenden Paragraphes zeigt, daß sich aus den beiden Regeln, welche die römischen Gesetzbücher über die Last des Beweises aufstellen, in der Doctrin der Hauptsache nach doch nur zwei wesentlich von einander abweichende oberste Principien entwickelt haben.

Erstens der Grundsatz: Daß jede Partei die Gründe ihrer Anträge zu beweisen habe, dieselben mögen in positiven oder negativen Behauptungen bestehen. — Die hierauf gestützte Theorie kann man die moderne, oder nach ihrem wackersten Vertheidiger die Weber'sche nennen.

Zweitens der Grundsatz: daß nur derjenige zu beweisen habe, welcher auf eine bejahende, nicht derjenige, welcher auf eine verneinende Behauptung seinen Antrag stützt; **Affirmanti, non neganti incumbit probatio.** — Das System, welches die-

ses Princip an seiner Spitze hat, will ich das alte oder classische nennen.

Wer die Materie, welche wir zum Gegenstande der Untersuchung gewählt haben, näher kennen lernt, wird sich leicht überzeugen, daß es dabei schließlich immer auf die Wahl zwischen diesen beiden Principien ankommt, und daß auf Eines oder das Andere derselben alle jene Regeln zurückführen, welche bisher als Hauptgrundsätze der Beweislast sind aufzustellen versucht worden.

Daß dieß bei dem Satze: **Actori incumbit probatio** der Fall sey, sobald selber als oberstes Princip verwendet werden will, haben wir eben umständlich dargethan.

Dieselbe Bewandtniß hat es aber auch mit dem Grundsatze: **Probare debet is, cui praesumtio adversatur**, welchen die Anhänger der sogenannten Präsumtions-Theorie aufstellen. Denn bei der Anwendung desselben kommt es jederzeit auf die Beantwortung der Vorfrage an: wer denn die Vermuthung für, und wer sie gegen sich habe. Die speciellen Vermuthungen, welche in den Gesetzen an verschiedenen Orten namentlich ausgesprochen sind, geben natürlicher Weise nur für seltenere und ganz vereinzelte Ausnahmfälle eine Richtschnur. In den Fällen der Regel muß jene Vorfrage aus allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden: und hier zeigt sich nun, daß die Anhänger der Präsumtions-Theorie zuletzt nichts Anderes vorzubringen wissen, als: **Affirmanti praesumtio adversatur, — negans in praesumtione se fundat**; — womit das von ihnen vertheidigte Princip mit dem der alten Schule zusammenfällt, und recht verstanden durchaus nichts Anderes sagt, als: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio.**

Dagegen ist der Satz: **Factum alleganti in-**

cumbit probatio, womit unter andern die österreichischen Gerichtsordnungen (§. 104 der allg., §. 170., der gal. G. O.) die Lehre vom Beweise einleiten, entweder mit dem classischen oder mit dem Weber'schen Principe gleichbedeutend; je nachdem man das Wort „Factum" in der engeren (eigentlichen), oder in der weiteren (uneigentlichen) Bedeutung nimmt, und darunter entweder nur Ereignungen, Veränderungen, — oder Alles, was zur geschichtlichen Grundlage des Processes gehört, mit Einschluß der Nonfacta begreift.

Hiermit ist denn auch ein natürlicher Gang für unsere Untersuchungen vorgezeichnet. — Ich werde nämlich:

I. eine umständliche Kritik der modernen oder Weber'schen Theorie vorausschicken;

II. eine Rechtfertigung der alten oder classischen Theorie versuchen, wobei auch die Präsumtionstheorie ihre gebührende Würdigung finden, und der Regel: **Actori incumbit probatio** die rechte Stelle angewiesen werden soll; endlich

III. werde ich die Regel: **Factum alleganti incumbit probatio** mit besonderer Rücksicht auf die österreichischen Proceßgesetze und auf die Ansichten der ausgezeichnetsten vaterländischen Schriftsteller einer sorgfältigen Prüfung unterziehen.

# Erster Abschnitt.

## Kritik der Weber'schen Theorie.

### §. 12.

**Andeutungen über die geschichtliche Entwicklung dieser Theorie. — Versuche ihrer Anhänger, den obersten Grundsatz für die Lehre von der Beweislast in entsprechender Form darzustellen.**

Der Grundsatz, daß jede Partei den Grund ihres Antrages beweisen müsse, auch wenn derselbe in einer Negative bestehen sollte, ist erst in der neueren Zeit bestimmter ausgebildet worden. Als ein Vertheidiger jener Ansicht, welche bei der Vertheilung der Beweislast auf den Unterschied bejahender und verneinender Sätze keine Rücksicht nimmt, wird zwar schon der Glossator Bulgarus († um 1166) genannt; allein die Beweisstelle, auf welche man sich deßhalb beruft, ist so unbestimmt, daß sie eben sowohl einem Bekenner des entgegengesetzten Principes in den Mund gelegt werden könnte *).

*) Wir haben von Bulgarus eine merkwürdige kleine Schrift über den Proceß, welche großentheils als drit-

So viel scheint gewiß, daß des Bulgarus Lehrer Irnerius mit den meisten und angesehensten Glossatoren*) die Regel: Affirmanti, non neganti incumbit probatio an die Spitze der Beweislehre stellte, ja daß er sogar den Beweis der Negative aus allgemeinen logischen Gründen für unmöglich erklären wollte **). Diese Theorie wurde bald von andern Civilisten und Processualisten***) weiter ausgebildet; sie ward

---

tes Buch des Placentinus: De varietate actionum. Mogunt. 1530 abgedruckt ist. (Vergleiche Savigny: Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, 4. Band, S. 105.) — Dort sagt Bulgarus unter Andern: sicut actio et replicatio actorem adjuvant, sic reum exceptio et duplicatio sublevant; ideoque ab eo probantur, quia aequum est, „in eo probando quemque gravari, quo probato videtur sublevari.“ — Daß Bulgarus mit diesen Worten allen Unterschied zwischen bejahenden und verneinenden Behauptungen der Parteien habe aufgehoben wissen wollen, kann um so weniger mit Bestimmtheit angenommen werden, da er unmittelbar vorher demjenigen, welcher sich der exceptio privilegiata non numeratae pecuniae bedient, von dem Beweise aus dem Grunde freispricht: quia negantis factum per rerum naturam nulla est probatio. — Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses. Berlin und Stettin 1827. St. V. Über die Beweislast. S. 326.

*) Placentinus († 1194) Summa Cod. de prob. — und dessen Zeitgenosse Johannes Bassianus bei Odofredus. Fr. 2. Dig. de prob. (22, 3.)

**) Siehe Bethmann-Hollweg a. a. O. Note 14 und 15.

***) Z. B. Azo, Accursius, Odofredus, Otto, Pilius, Tancredus.

in die Quellen des canonischen Rechtes aufgenommen, und beherrschte die Praxis durch Jahrhunderte. Ihre Anhänger fanden es inzwischen nöthig, den Begriff der Bejahung und Verneinung, von welchem begreiflicher Weise alles abhing, näher zu bestimmen; und dieß war allerdings der wahre Weg, die Regel zu rechtfertigen, oder sich von der Unhaltbarkeit derselben zu überzeugen. Die bekannte Unterscheidung einer **negativa juris, qualitatis** und **facti**, einer **negativa simplex** und **qualificata**, **determinata** und **indeterminata** hätte, glücklicher ausgeführt, die Sache ganz und gar ins Reine bringen können. Leider aber blieb man hier auf halbem Wege stehen. Anstatt zu zeigen, daß die sogenannte **negativa juris** und **qualitatis**, so wie die **negativa praegnans** keine wahren Verneinungen sind, und aus diesem Grunde vom Beweise nicht befreien; anstatt auf diese Weise die Regel zu bestätigen, sprach man nur von Ausnahmen, und machte so die Regel immer verdächtiger, welche unglücklicher Weise mit der unhaltbaren Behauptung der Unmöglichkeit des Beweises einer Negative in Verbindung war gebracht worden.

Bei einer so schlechten Begründung ist es wohl begreiflich, wie es geschah, daß man zuletzt hie und da den ganzen Unterschied zwischen bejahenden und verneinenden Beweissätzen entbehrlich wähnte, und eine Opposition bildete*), welche im siebenzehnten

---

*) An der Spitze derselben stand Bartolus. Die ansehnlichsten Gegner der affirmativen Beweislast waren: Lanfranc de Oriano, Franciscus Herculanus Perusinus, Pacianus, Mascardus; — in Deutschland: Gaill, Hiltropius, Roßbach, Ummius, Mevius, Brunnemann, Strykius.

und achtzehnten Jahrhunderte von Cocceji und Böhmer mit Geist vertreten wurde. Diese beiden trefflichen Männer richteten ihren Angriff zunächst gegen die mit kaum begreiflicher Hartnäckigkeit vertheidigte Behauptung der Unmöglichkeit des Beweises der Negative. Sie bemerkten sehr richtig, daß in der Natur der Verneinung durchaus kein Hinderniß liege, wodurch der Beweis negativer Sätze unthunlich gemacht würde, und daß namentlich nicht abzusehen wäre, warum die **exceptio non numeratae pecuniae** nicht durch ein schriftliches Geständniß vollkommen zu beweisen seyn sollte. Auch darauf machten sie aufmerksam, was man bisher unbegreiflicher Weise übersehen hatte, daß täglich der Gegenbeweis über Verneinungen zugelassen, und ohne Anstand ausgeführt werde, womit ja der augenscheinliche Beweis der Möglichkeit einer **probatio negativae** ohnehin gegeben sey *). Daher bezogen sie ganz richtig die **l. 10. Cod. De non num. pec. (4, 30)** und die **l. 23. Cod. De prob. (4, 19)**, aus denen man die Unmöglichkeit des Beweises negativer Sätze gefolgert hatte, lediglich auf die Beweislast: **Non enim dicitur, negationem per naturam probari non posse, sed negantis non esse probationem, i. e. neganti non incumbere probationem** **). — Wer sich nur der negativen Litiscontestation bedient, könne mit keinem (ersten) Beweise belastet

---

*) Vergl. **Cocceji (Sam. de) Jus civile controversum. Lipsiae 1764, Pars altera. L., XXII. T. III. quaest 6** — dann **Boehmer (Just. Hen.) Jus ecclesiasticum protestantium. Halae 1738. T. I. pars altera. L. II. T. XIX. §. IX.**

**) **Cocceji l. c. p. 99.**

werden, ausgenommen, wenn für seinen Gegner eine Rechtsvermuthung streitet *). — Bis hieher wurde nichts verfochten, dem nicht auch heut zu Tage noch Jedermann beistimmen müßte. Nun aber kommt streitiger Boden. Denn so wie der Glaube an die Unmöglichkeit des Beweises negativer Sätze vollends zerstört war, wollte man auch von einem Unterschiede des Positiven und Negativen rücksichtlich der Beweislast nichts mehr wissen, und behauptete ohneweiters: derjenige, welcher sein Begehren auf eine Verneinung gründet, müsse dieselbe gerade so beweisen, wie derjenige, welcher seinen Antrag auf eine Bejahung stützt. — **Si vel pars in negativa se fundat** (sagt Cocceji a. a. O.) **vel affirmantis intentio probata, aut in praesumtione juris fundata est, tunc omnino naturali quoque ratione negativa probari et debet et potest;** — und Böhmer **): **Negativa probanda est ab eo qui totam agendi causam in ea fundat.**

Man sieht, wie rasch hier von einem Extreme zum andern übergegangen wurde. Die Stimmen so bedeutender Männer blieben nicht ohne Anklang, und wir finden ihre Ansicht schon ziemlich früh an verschiedenen Orten ausgesprochen.

So heißt es bei Lauterbach ***):

**„Cum autem actor semper aliquid dicat vel asserat „in judicio, eapropter illi semper et regulariter incum-„bit probatio .... adeo ut, sive adfirmet actor,**

---

*) Boehmer l. c. §. VII et VIII.

**) A. a. O. §. X.

***) Collegium Theoretico-Practicum Partes III ed. tertia, Tubingae 1726, 1723, 1725, Libr. 22. Fr. 3. XVII.

„sive neget, id probare debeat, modo res talis sit, „quae per rerum naturam probari potest.“

Auf gleiche Weise bei Metzger *):

„Onus probandi igitur illi incumbit, qui allegat „factum decisioni causae inserviens, ex quo jus sibi „competere intendit, quod haud notorium sed dubium et „controversum est . . . .« und: „Quoad reliqua perin-„de (idem?) est, sive actor, sive reus illud allegave-„rit, sive sit factum negativum sive affir-„mativum, sive probatio sit facilis, sive difficilis.“

In demselben Sinne bei Pfeiffer **):

„Wer sich auf den Erwerb eines Rechtes gründet, muß „diesen beweisen, so wie hingegen dem, welcher die Unwirk-„samkeit eines erworbenen Rechtes behauptet, auch davon „der Beweis obliegt.“

Beinahe gleichzeitig erschien das berühmte Werk Weber's: Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse ***), welches einen ungewöhnlichen Eindruck auf das juridische Publicum machte, und den Ansichten Böhmer's und Cocceji's viel größeren Eingang verschaffte, als sie bisher gefunden hatten. In diesem interessanten Buche wird über das Subject der Beweislast folgender allgemeiner Grundsatz aufgestellt: „Wer ein Recht oder eine

---

*) Dissertatio de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Noric. 1800.

**) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechtes. Marburg 1803. S. 116.

***) Zuerst zu Halle bei Renger 1805; dann in einer zweiten (unveränderten) Ausgabe mit Anmerkungen und Zusätzen von A. W. Heffter, Halle 1832, nach welcher ich citire.

„Befreiung von Rechten oder Anmaßungen anderer ganz oder „zum Theile mit Erfolg geltend zu machen sucht, ist schul„dig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das „Recht oder die Befreiung als nothwendig voraussetzt, zu „beweisen*).“ — Dieß wird dann, wo der Regel: **Actori incumbit probatio** Erwähnung geschieht, dahin näher bestimmt, „daß jede Partei das Fundament ihrer Anträge auch recht„lich beweisen müsse, sie sey übrigens Kläger oder Geklagter;“ **) — wobei es noch insbesondere herausgehoben wird, daß rücksichtlich der Beweislast zwischen bejahenden und verneinenden Behauptungen kein Unterschied gemacht werden dürfe. „Denn jeder streitende Theil ist schuldig seine „Anträge zu rechtfertigen. Sind also diese von ungewissen „Thatsachen abhängig, so versteht es sich von selbst, daß er „den Beweis der letzteren, sie mögen in Bejahungen oder „Verneinungen bestehen, führen muß, weil sonst sein An„trag unbegründet ist, folglich nicht Statt finden kann***).“

Seither haben die meisten Rechtslehrer Deutschlands die Weber'sche Ansicht angenommen, wobei sie bemüht waren den Grundsatz, welcher nun an die Spitze der Beweislehre kommen mußte, in möglichst bezeichnender Form zu fassen. Es folgen beispielweise die Versuche der Vorzüglichsten:

Gönner †):

1. „Jede Partei muß die Umstände beweisen, von de„ren gerichtlicher Wahrheit ihre Vertheidigung abhängt, wi-

---

*) A. a. O. S. 111.

**) Ebenda S. 126.

***) Ebenda S. 138.

†) Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. Erlangen 1816. — In

„drigens wird der Umstand gegen dieselbe nicht für wahr »gehalten. 2. Die Verbindlichkeit zum Beweise wird dadurch, „daß ein Umstand oder dessen Behauptung bejahend oder „verneinend ist, keineswegs abgeändert.“

Martin *):

„Jede angreifende Partei hat die selbstständige Behaup„tung von solchen juristisch ungewissen Thatsachen zu erwei„sen, deren Wahrheit vorausgesetzt wird, um diesen ihren „Angriff rechtlich zu begründen.“

Glück **):

„Wer ein Factum vor Gericht anbringt, und dadurch „eine Klage oder Einrede, Replik oder Duplik zu begrün„den sucht, muß sein Anbringen, wenn es sein Gegner als

---

Gönner's unschätzbarem Handbuche des deutschen gemeinen Processes (2. Aufl. 1804) ist die Regel unbestimmter dahin gefaßt: „Daß jeder Theil seine Behauptungen, von welchen „die Anerkennung seines Rechtes abhängt, beweisen müsse; „nur machen jene Gründe, welche die Gesetze zur Interims„wahrheit erhoben haben (praesumtiones), hievon eine „Ausnahme.“

*) Lehrbuch des deutschen gem. bürg. Processes, 6. Auflage, Göttingen 1819. — Auch dieser Gelehrte hatte in früheren Auflagen seines berühmten Werkes eine andere Regel aufgestellt, welche noch unbestimmter als die obige lautet. Nach derselben liegt die Beweislast stets demjenigen streitenden Theile ob, welcher eine solche Thatsache als Grund seiner Ansprüche oder Vertheidigung behauptet, deren Beweis zu verlangen ist.

**) Ausführliche Erläuterung der Pandecten, nach Hellfeld, 21. Thl., 2. Abthl. S. 248.

„unwahr bestreitet, so weit es zur Begründung seiner In„tention erforderlich ist, und ihn nicht eine gesetzliche Ver„muthung davon befreit, um zu siegen, beweisen; seine Be„hauptung mag das Seyn oder Nichtseyn einer Thatsache „betreffen. Der Beweis kann seinem Gegner, dem Läugnen„den, nicht aufgebürdet werden."

Gensler *):

„Welche Partei ein thatsächliches Verhältniß affirmativ „oder negativ behauptet, um hieraus für sich ein von sei„nem Gegner anzuerkennendes Recht abzuleiten, muß die Be„weislast, d. h. die nächste Beweisführung in Hinsicht auf „jenes Factum übernehmen."

Heffter **):

„Jede Partei, welche vor Gericht eine für sich beste„hende, nicht schon selbst auch bei gänzlicher Unthätigkeit sich „verstehende Rechtsforderung geltend macht, muß die zur „Begründung derselben erforderlichen Thatsachen beweisen. „Wozu aber so viele Mühe? **Probatio incumbit ei, qui „agit**, recht verstanden, ist genug für den Juristen.

Linde ***):

„Die im Beweiserkenntnisse auszusprechende Verbind„lichkeit zur Beweisführung — die Beweislast — trifft so„wohl den Kläger als den Beklagten rücksichtlich jeder selbst-

---

*) Über die Begriffe Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz (Forts.) im Archiv für civ. Praxis I. Bd., St. XXI. S. 264.

**) In den Zusätzen zur 2. Ausgabe von Weber's oft besprochenem Werke, Halle 1832.

***) Lehrbuch des deutschen gem. Civilprocesses. 4. Aufl. Bonn 1835 §. 242, S. 286.

„ständigen, juristisch ungewissen Behauptung, deren Wahr-
„heit allein den darauf gebauten Anspruch bedingt. — Übri-
„gens begründen weder die verneinende Form einer Thatsa-
„che noch die Anticipation des Beweises . . . . eine Ver-
„änderung in der Beweislast.“

Jordan *):

„Jede Partei hat ihre eigene von der andern negirte „Behauptung, worauf sie einen selbstständigen Angriff oder „Gegenangriff gründet, auch zu beweisen. Der Angreifende „(Behauptende) hat — die factische Entstehung seines gel- „tend gemachten Rechtes zu beweisen. Ob diese Entstehung „durch das Seyn oder Nichtseyn gewisser Thatsachen bedingt „sey, das hat auf die Beweislast keinen Einfluß.“

Borst **):

„Wer eine Klage oder Einrede, Replik oder Duplik „vor Gericht geltend machen will, und nach der Lage des „Processes geltend machen kann und muß, um zu siegen, „der muß das zu deren Begründung erforderliche, rechtlich „noch ungewisse Seyn der Thatsache, und das ungewisse Nicht- „seyn der ihr widersprechenden Merkmahle, so wie das nicht „notorische Gesetz beweisen;“ — wobei noch zur weiteren Erläuterung hinzugefügt wird, „daß das Nichtseyn einer That- „sache oder eines thatsächlichen Merkmahles nur in so fern, „als die Entstehung oder Erlöschung eines Rechtes ursprüng-

*) In Weiske's Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten u. s. w. II. Band, 1. Lieferung, Leipzig 1839 Art. Beweis und Beweisverfahren, S. 130.

**) Über die Beweislast im Civilprocesse 2. Auflage, Leipzig 1824.

„lich dadurch bedingt ist, nicht aber auch in so fern, als auch „deren Reife und Vollendung davon abhängt, von dem Angreifer bewiesen werden müsse *).“

Diese Grundsätze haben denn auch die neueren Proceßrechtslehrer Österreichs angenommen. — So lehrt der Herr Vice-Präsident Carl Freiherr von Pratobevera**): Das Subject der Beweisführung könne sowohl der Kläger als der Geklagte seyn, nur müsse Ersterer in der Regel mit dem Beweise den Anfang machen; und Letzterer ausnahmsweise nur dann, wenn der Kläger aus dem Gesetze selbst oder unter dem Schutze einer Rechtsvermuthung streitet . . . . . „Eben so „kann man daraus für die Pflicht zur Beweisführung keine „Norm ableiten, ob etwas bejahet oder verneinet wer„de.“ . . . . . . . . . „Die Abläugnung (negatio, inficia„tio) eines vom Gegner angebrachten Umstandes ist freilich „nicht darum zu erweisen, weil der negative Beweis unmög„lich wäre, sondern weil der Gegner seine Angabe, den „Grund seiner Klage oder Einrede zuerst zu beweisen schul„dig ist.“

Herr Prof. Dr. Franz Fischer***) hat sich der Hauptsache nach derselben Ansicht angeschlossen, indem er den Grundsatz als richtig voraussetzt: „daß nichts Thatsächliches, es „sey bejahend oder vereinend, ohne einen von dem Ge-

---

*) Ebenda S. 12.

**) Mater. a. a. O. §. VII.

***) Beiträge zu der Lehre vom rechtlichen Beweise, in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsk. u. s. w. Jahrg. 1832, 2. Band, Stück XIX.: Über die Beweislast überhaupt und die einer Negative insbesondere.

„setze gebilligten Wahrheitsgrund richterlicher Seits als wahr „angenommen werden kann.“

In des Herrn Hofrathes Füger weit verbreitetem Werke über die Gerichtsordnung *) wird ebenfalls gelehrt, daß jeder, der ein Factum anführt, es im Falle des Widerspruches des Gegners beweisen müsse, er mag nun das Vorhandenseyn dieses Factums oder das Nichtvorhandenseyn desselben behaupten.

Herr Appellationsrath Kitka hat in seiner mit practischem Scharfblicke verfaßten Schrift über den Beweis **) keinen obersten Grundsatz über die Last des Beweises, sondern nur mehrere Regeln angeführt, „deren Anwendung,“ wie der Herr Verfasser selbst sich ausdrückt ***) — „zur „richtigen Entscheidung über das Subject der Beweisführ„rung viel beiträgt.“ Inzwischen dürfen wir auch diesen verdienten Schriftsteller den vorerwähnten um so unbedenklicher anreihen, da er sich als einen Gegner der Regel: **Affirmanti incumbit probatio** erklärt †), und auch der Präsumtionstheorie offenbar nicht hold ist.

---

*) Das Verfahren in Streitsachen nach der österr. allg. G. und C. O. vom 1. Mai 1781. Dritte vom Herrn Professor D. J. Wessely bearbeitete und vermehrte Ausgabe. Wien 1834. I. Bd. S. 181.

**) Die Beweislehre im österr. Civilprocesse. Wien 1836.

***) Eben da §. 22. S. 64.

†) Ebenda §. 22. S. 64.

## §. 13.

**Der Weber'sche Hauptgrundsatz ist kein selbstständiges Princip. — Er setzt die Begriffe von Klagegrund und Exceptionen (Repliken und Dupliken) als gegeben voraus.**

Alle diese Versuche, den obersten Grundsatz über die Last des Beweises zur entsprechenden Anschauung zu bringen, unterscheiden sich theils nur dem Ausdrucke nach; theils dadurch, daß darin jene Momente, welche sich auf das Object des Beweises unmittelbar beziehen (§. 4) bald insgesammt herausgehoben, bald gänzlich oder theilweise übergangen sind; theils endlich dadurch, daß bei einigen auch auf die Ordnung Rücksicht genommen wurde, nach welcher die verschiedenen Momente der geschichtlichen Grundlage des Processes zum wirklichen Objecte des Beweises werden, während bei den meisten hievon keine Erwähnung geschieht.

Alle diese Unterschiede berühren die Hauptsache nicht, um welche es hier zu thun ist; sie beziehen sich nicht auf das reine Subject des Beweises, auf die Frage: Wer hat zu beweisen? Hierüber ist die Meinung aller angeführten Schriftsteller gleich; und von aller ungehörigen Zuthat befreit, mag dieselbe unbedenklich in folgender Formel dargestellt werden:

„Jede Partei hat die Behauptungen zu beweisen, auf welche sie ihren Angriff oder ihre Vertheidigung gründet; diese Behauptungen mögen nun bejahend oder verneinend seyn."

Weber meint *), diese Regel (welche er nur in etwas andern Worten ausspricht) sey nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen so einleuchtend wahr, in den Gesetzen (versteht sich in den römischen) bestätigt, und so erschöpfend, daß sie in jedem Rechtsstreite entscheiden muß, wenn nicht bestimmte gesetzliche Vorschriften für bestimmte Fälle eine Ausnahme mit sich bringen.

Dagegen soll hier der Beweis hergestellt werden, daß jene Regel unsere Frage in letzter Instanz zu entscheiden nicht vermöge, weil sie uns in der Hauptsache dennoch vor eine andere Thür schickt, wo eben so wenig aufgethan wird; — kurz, daß es nur eine Scheinregel, nur ein gelegentlich hingesprochenes Wort sey, welches so oder so genommen, **pro et contra** angeführt werden kann, und eben dieser Mehrdeutigkeit wegen in wahrhaft zweifelhaften Fällen, wo man der Regel am dringendsten bedürfte, den ängstlichen Justizmann ohne Anhaltspunkt, und der Willkühr des minder gewissenhaften ein weites Feld offen läßt.

Schon Bethmann-Hollweg **) hat das Unzureichende des hier in Frage stehenden Principes aus dem Grunde gerügt, weil bei der Anwendung desselben immer unabweislich die weitere Frage entstehe: was denn eigentlich zu den Anträgen (den Angriffen und der Vertheidigung) des einen oder des andern Theiles gehöre? Sehr richtig! Denn da überall, wo es sich überhaupt um die Beweispflicht handelt, beide Parteien rücksichtlich eines und desselben geschichtlichen Momentes entgegengesetzte Behauptun-

---

*) A. a. O. S. 111.

**) Versuche S. 333.

gen verfechten, und da jede dieser beiden Behauptungen den Antrag derjenigen Partei begründet, welche sich darauf beruft, so würden nach jener gepriesenen Regel streng genommen immer beide Parteien gleichzeitig als beweispflichtig erscheinen, was dem Begriffe der Beweislast und der Natur der Sache widerspricht, und auch unsern Gegnern gewiß nicht in den Sinn kommt.

Hierauf ist man nun freilich wieder mit einer Antwort zur Hand. Die Anträge des Klägers, sagt man, sind in seiner Klage und Replik, die des Geklagten in seiner Einrede und Duplik enthalten; es muß also jener das Fundament seiner Klage und Replik, dieser hingegen diejenigen Umstände beweisen, auf welchen seine Exceptionen und Duplicationen beruhen. — Allein damit ist in der Hauptsache gar nichts gewonnen. Denn nun entsteht abermals die höchst ungelegene Frage: welche Thatsachen denn eigentlich das Fundament des Klagevortrages, der Einrede, der Replik und der Duplik ausmachen? Und da dürfte man auf die Antwort lange warten. — Weber selbst gesteht, daß die vorzüglichste Schwierigkeit in der Anwendung seiner Regel daher komme, daß die Richter nicht sorgfältig zu bestimmen und zu unterscheiden suchen, welche Thatsachen hier- oder dorthin gehören; er gibt zu, daß dieß eine gründliche Kenntniß dessen erfordert, was der Antrag sowohl des Klägers als des Geklagten wesentlich voraussetzt *); wo aber eine solche Kenntniß zu holen wäre, davon sagt er kein Wort.

Am allerhäufigsten entsteht in der angedeuteten Rücksicht natürlich die Frage, ob eine gewisse Behauptung des

---

*) A. a. O. S. 187.

Klägers zum Klagegrunde gehöre, oder bloßer Widerspruch einer Einwendung sey; oder was auf dasselbe hinausgeht, ob die entgegengesetzte Behauptung des Geklagten bloß als einfacher Widerspruch des Klagegrundes (als negative Litiscontestation) oder als eine selbstständige Einwendung betrachtet werden müsse? — Wenn z. B. streitig ist, ob derjenige, welcher aus einem Geschäfte geklagt wird, zur Zeit der Abschließung desselben minderjährig oder großjährig gewesen sey, so wird die von dem Geklagten vorgebrachte Behauptung der Minderjährigkeit von Einigen als Einwendung *), von Andern hingegen als bloßer Widerspruch erklärt und behandelt. **) — Die Behauptung des Klägers, daß der Geklagte zur Zeit des Geschäftsabschlusses großjährig gewesen sey, muß dann folgerichtig von den Ersteren als Widerspruch gegen ein Einredefactum; von den Letzteren aber als zum Klagegrund gehörig angesehen werden.

---

*) So von Fischer in seinem Handbuche der dilatorischen Einwendungen. — Vergl. Mater. a. a. O. S. 70 und 4. Band, S. 15, wo ebenfalls von der Einwendung der Minderjährigkeit gesprochen wird.

*) So in der Recension des eben citirten Werkes von Wagner (in dessen Zeitschrift Jahrgang 1825. Notizenblatt S. 36), wo jedoch zugegeben wird, daß dieser Widerspruch den Geklagten zum Vorbeweise verbinde. — Man vergleiche die hiezu gelieferten interessanten Gegenbemerkungen des Herrn Prof. Fischer in dessen Aufsatze: Von der Beweislast über die persönliche Fähigkeit oder Unfähigkeit zu einem Rechtsgeschäfte, in der Zeitschrift für österr. Rechtsgel. Jahrg. 1832, Hauptblatt S. 55 und die folgenden.

Ließe sich, abgesehen von dem obersten Grundsatze der Beweislast mit Zuverläßlichkeit bestimmen, was zum Klagegrunde und was zu den Einwendungen des Geklagten gehöre, so wäre allerdings eine Anwendung von der Weber'schen Regel zu machen. Die Bestimmung dessen, was zum Klagegrunde gehört, würde für sich allein noch nicht vollkommen genügen. Denn hieraus wäre wohl zu entnehmen, daß die dem Klagegrunde direct entgegengesetzten Anführungen des Geklagten nichts als negative Litiscontestation seyen; von den weiteren Behauptungen des Geklagten aber, welche nicht zur negativen Litiscontestation gehören, wäre noch immer die Frage, ob sie wirkliche Einwendungen oder etwa bloß anticipirte Widersprüche der Repliken des Klägers ausmachen; eine Frage, von deren Beantwortung natürlich die Vertheilung der Beweislast abhängen würde. Immer käme es noch auf eine genaue Bestimmung des Begriffes der Einwendungen an. Wäre es aber möglich, diesen Begriff selbstständig aufzustellen, und ihn auf der einen Seite von der negativen Litiscontestation, auf der andern von dem Widerspruche gegen die Repliken des Klägers genau abzugränzen, so dürfte auch die Ermittlung der Repliken und Dupliken keinen bedeutenden Schwierigkeiten unterliegen; und der Schlüssel zur Anwendung der Weber'schen Regel wäre gefunden.

Allein eben hierin liegt die bisher unüberwindlich befundene Schwierigkeit. Denn der Begriff der exceptio sowohl als der des Klagegrundes, der replicatio und duplicatio kann, wie ich zur vollen Überzeugung darzuthun hoffe, nur aus dem obersten Principe der Beweislast mit Zuverlässigkeit abgeleitet werden. Daher ist die Aufstellung eines solchen Hauptgrundsatzes der Beweislast, welcher wie der Weber'sche jene Begriffe schon als gegeben voraussetzt, und aus densel-

ben ergänzt werden soll, ein ganz und gar unpassendes Unternehmen; sie schließt einen der gröbsten logischen Fehler ein, welcher, eben weil er im Principe liegt, das ganze darauf gebaute System haltlos und hinfällig macht.

Die Wahrheit dieser Bemerkung, welche schon von Bethmann-Hollweg im Vorbeigehen angedeutet worden ist *), werde ich hier allseitig zu beleuchten suchen. Die Anhänger der gegenwärtig beinahe allgemein gangbaren (Weber'schen) Theorie sind genöthigt, die Lücken ihres Systemes dadurch auszufüllen, daß sie theils 1. den Begriff der Exceptionen in derjenigen Weise für gegeben ansehen, wie er sich in der Geschichte entwickelt hat, und wie ihn die Terminologie der positiven Gesetze und der Gerichtsgebrauch festsetzt; theils dadurch, daß sie 2. den Begriff des Klagegrundes, der Exceptionen, Repliken und Dupliken auf philosophischem Wege, wiewohl ohne Rücksicht auf den Unterschied bejahender und verneinender Sätze selbstständig zu entwickeln versuchen. Es hält nicht schwer zu zeigen:

I. wie höchst unzuverläßig und irreleitend jenes erste Auskunftsmittel sey. Ich werde aber auch

II. darthun, daß diese Versuche der Neueren auf dem Gebiete einer freieren Speculation als völlig mißlungen betrachtet werden müssen, und keineswegs geeignet sind, der leeren Regel, welche sie als den obersten Grundsatz über die Last des Beweises betrachtet wissen wollen, einen Inhalt zu geben.

---

*) S. dessen Versuche S. 334.

## §. 14.

### I. Die Begriffe des Klagegrundes und der Exceptionen sind in den Gesetzen und in der Sprache des Gerichtsgebrauches nicht verläßlich bestimmt. — Historische Entwicklung des Begriffes der Exceptionen.

I. Wer die geschichtliche Entwicklung des Begriffes der Exceptionen aufmerksam verfolgt, wird sich leicht die Überzeugung verschaffen, daß wir uns gegenwärtig nach so mannigfaltigen Umwälzungen der Rechtswissenschaft noch immer des uralten Wortes bedienen, während von der ursprünglichen Bedeutung desselben kaum mehr ein Schatten übrig ist. — Die alte exceptio war wirklich eine Ausnahme von der Strenge des römischen Civilrechtes. Dieses ursprünglich nur für den römischen Bürger bestimmte Recht beruhte nämlich auf seinem rein formellen Principe. Materielles Recht, welches nicht in eine der vom Gesetze bestimmten Formen eingekleidet war, galt dem Römer als gar kein Recht, und ein einziges bei dem Geschäfte oder vor Gericht gebrauchtes unförmliches Wort konnte den Verlust des Processes nach sich ziehen. Wer hingegen die Form für sich hatte, hatte auch das Recht für sich, es mochte dieses dem natürlichen Rechtsgefühle noch so sehr widerstreiten. Kurz jus und aequitas waren dem Römer streng geschiedene Begriffe *). — Neben

*) Wer seinen Gegner z. B. durch gefährliche Drohungen dahin gebracht hatte, ein Versprechen in den gesetzlich bestimmten Ausdrücken zu machen, konnte ohne weiters auf die Erfüllung dieses Versprechens dringen. Der Geklagte

diesem strengen Formenrechte des civis romanus bildete sich später für die Fremden, welche endlich auch für rechtsfähig erklärt, und unter einen eigenen praetor peregrinus gestellt worden waren (a. u. 506), ein allgemeines Peregrinenrecht (jus gentium) aus, welches im Gegensatze zu jenem jus civile von dem materiellen Principe durchdrungen, und mehr auf das natürliche Rechts- und Billigkeitsgefühle gegründet war *). — Wie großen Beifall nun aber auch dieses humane Recht der Fremdlinge selbst bei dem römischen Bürger fand, wie lebhaft und allgemein auch das Bedürfniß gefühlt wurde, sich an diese freieren Principien anzuschließen: die Ehrfurcht vor dem alterthümlichen Bürgerrechte war so groß, daß man es nicht wagte, dasselbe unmittelbar anzutasten, sondern ein Auskunftsmittel ersann, durch welches das jus gentium in das alte Rechtssystem so zu sagen eingeschwärzt wurde. Das alte Gesetz selbst sollte aufrecht erhalten werden, und nur den Vollstreckern ward die Macht eingeräumt, die Anwendung des Gesetzes im speciellen Falle aequitatis ratione zu suspendiren. — Seit der Einführung des Fomular-Processes **) verfertigte nämlich der Prätor, vor welchem

---

hatte kein Mittel, sich gegen diese empörende Forderung zu schützen; denn die coacta voluntas galt als eine untadelige Willenserklärung, sobald sie nur förmlich erfolgt war. Fr. 21 §. 5 Dig. Quod metus causa (4, 2) — quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.

*) Vergl. Zimmern Rechtsgeschichte III. B. §. 33.

**) Sie geschah durch die lex Aebutia wahrscheinlich nach 552. Vergl. Knappe Versuch einer Entwicklung des Be-

die Klage angebracht und der Streit befestigt werden mußte, in jeder Rechtssache, welche nicht ex continenti zu entscheiden war, eine Instruction (formula) für den judex, worin der eigentliche status controversiae bestimmt, und die für den Rechtsstreit entscheidenden Fragepunkte herausgehoben und bezeichnet wurden. Hiebei nun stand dem Prätor das wichtige Befugniß zu, die Strenge des Rechtes durch Berücksichtigung der im jus gentium ausgesprochenen Billigkeit ausnahmsweise zu mildern, und jener Theil der Formel des Prätors, in welchem der judex angewiesen wurde, einer solchen Abweichung Raum zu geben, hieß sehr bezeichnend: exceptio, d. i. eine Ausnahme von dem strengen Rechte.

In diesem Zustande fanden die classischen Juristen das aus dem Gegensatze des jus civile und des jus gentium hervorgegangene Institut der Exceptionen. Wie es geschehen konnte, daß diese großen Rechtsgelehrten, welche die naturalis ratio so hoch stellten, und aus diesem freieren Principe ein dem Billigkeitsgefühle zusagendes Rechtssystem zur höchsten Vollendung auszubilden strebten, dennoch das alte jus civile, wie es sich bis zum Ende der freien Republik entwickelt hatte, in seiner ganzen Starrheit (ein wahrlich merkwürdiges Denkmahl römischer Nationalität) unangetastet bestehen ließen: die Erklärung dieser auffallenden Erscheinung gehört nicht hieher. Die Thatsache selbst liegt vor unsern Augen. Denn die leges, die senatus consulta und die constitutiones principum jener Zeit wurden nicht mit dem alten jus civile als homo-

---

griffes der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast. München 1835. S. 11. Not. 17.

gene Bestandtheile verschmolzen, sondern vielmehr demselben entgegengesetzt. Auch die gegen Klagen des Civilrechtes nach dem Ende der freien Republik gesetzlich ertheilten Rechtsmittel bezeichnete man, als Abweichungen von dem alten Civilrechte, mit dem Namen der Exceptionen *).

Was sich so in der glänzendsten Periode des römischen Rechtes aus dem Gegensatze von jus und aequitas und aus der Anhänglichkeit an das bestehende Gesetz der älteren Zeit folgerichtig entwickelt hatte, verlor gar bald seine Bedeutung, als nach der Zeit der classischen Juristen, deren Reihe Modestin geschlossen hatte, die Kaiser Theodos und Valentinian, den Geist der alten Jurisprudenz verkennend, sich nicht mehr darauf beschränkten, aus Billigkeitsrücksichten die actio zu verweigern oder eine condictio indebiti zu gewähren, sondern geradezu verordneten, daß jeder gesetzlich mißbilligte Contract als rechtlich gar nicht vorhanden (pro infecto), als null und nichtig angesehen werden sollte**); als endlich gegen Ende des dritten Jahrhunderts (294) die Kaiser Diocletian und Maximinian verordneten**), es sollten die praesides provinciae künftig selbst die Processe vollständig untersuchen und entscheiden, und nur bei großem Andrange von Geschäften ermächtiget seyn, judices zu geben, welche aber die ihnen anvertrauten Processe ohne besondere Instruction selbstständig zu

*) So die exceptio S. C. Macedoniani, Vellejani, Trebelliani, die exceptio legis Cinciae, die exceptio non numeratae pecuniae u. a. m.

**) Man sehe die merkwürdige L. 5. Cod. De legibus et constit. (1, 14.)

***) L. 2. Codicis. De pedan. jud. (3, 3).

entscheiden hatten *). Obgleich es nämlich durch diese Gesetze von der Verfassung einer formula und also auch von einer exceptionis datio sein Abkommen erhielt, weil das neuere Recht mit dem älteren gänzlich vermischt worden war, so hörten die Juristen doch nicht auf, von jus civile und honorarium, strictum jus und aequitas, von judiciis stricti juris und bonae fidei zu reden und die exceptio von der civilrechtlichen defensio dem Namen nach zu unterscheiden.

Wenn auf diese Weise schon in dem neueren römischen Rechte das Institut der Exceptionen seine ursprüngliche Bedeutung größtentheils verloren hatte, so war dieß um so mehr in dem canonischen Rechte der Fall, welches den Unterschied zwischen ipsum jus und aequitas gänzlich aufgegeben hatte. Nach dem Geiste desselben hob ein pactum die bestehende Verbindlichkeit in eben derselben Art auf, wie eine stipulatio **); Furcht und Zwang machten das dadurch zu Stande gebrachte Rechtsgeschäft ipso jure ungültig ***); dennoch wurde von der exceptio pacti, von der exceptio mali doli u. s. w. gesprochen, und man sieht bald, daß die exceptio nunmehr von der civilrechtlichen defensio gar nicht mehr unterschieden war, sondern daß Alles, was der Beklagte außer dem einfachen Gestehen oder Läugnen des vom Kläger Behaupteten (der nunmehrigen Litiscontestation) vorbrachte, abwechselnd und ohne wesentliche Unterscheidung exceptio oder defensio genannt wurde.

---

*) L. 3 et 5. Cod. De pedan. jud. (33.)

**) C. 1, 3. X. De pact. (1, 35.)

***) C. 2 et 4 X. De his, quae vi (1, 40.)

Die Ansichten der meisten Glossatoren stimmen hiemit überein *).

Aus diesen Händen kam das römische Recht seit Errichtung des Reichskammergerichtes in die deutschen Gerichte. Kein Wunder also, wenn auch hier die einmal beliebte Benennung exceptio nebst ihren wunderlichen Synonymen mit einer von der ursprünglichen weit abweichenden Bedeutung sich einschlich; da von jenem Gegensatze zwischen materiellem und formellem Rechte, welcher dem Institute der Exceptionen seinen Ursprung gegeben hatte, in dem rechtlichen Bewußtseyn des deutschen Volkes und in seinen Gesetzbüchern sich keine Spur vorfand. Im deutschen Rechte wurde bald Alles, was der Geklagte außer der Litiscontestation und den bloß in Ja und Nein bestehenden Responsionen vorbrachte, mit dem Namen Exception, Einwendung, belegt, und die ganze Vertheidigungshandlung des Geklagten finden wir in allen Reichsgesetzen hindurch in „verneinen und excipiren" oder „antworten und excipiren" eingetheilt **).

Die Proceßrechtslehrer des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhundertes konnten sich freilich nicht enthalten, hie und da aller Praxis zum Trotze den antiquirten Begriff der römischen Exceptio mit Zuhilfenehmung eben

---

*) Gloss. in Fr. 9. Dig. De except. (44, 1) Ponitur nomen exceptionis pro qualibet defensione contra intentionem. — Gloss. in c. un. Clem. De except. (2, 20) Exceptio est rei defensio, per quam ipse reus se defendit et tuetur ab actore.

**) Knappe a. a. O. §. 34.

so unpraktischer Eintheilungen eine Rolle spielen zu lassen *); aber mit dem Beginne der gegenwärtigen Ära lernte man endlich den historischen Boden dieses Institutes nahe genug kennen, um einzusehen, daß man, um zu einem erwünschten Ziele zu gelangen, denselben verlassen und den Begriff von Einwendungen mehr mit der Theorie des Beweises in Einklang bringen müsse.

## §. 15.

### Was gegenwärtig unter dem Namen Einwendung vorkommt, gehört nicht immer unter diesen Begriff.

Wer der Weber'schen Regel folgend Jeden mit dem Beweise belasten wollte, der eine Behauptung vorbringt, welche in der juridischen Welt unter dem Namen einer Einwendung erscheint, der würde sich der Gefahr aussetzen, allgemein verlacht zu werden. — Man kann leicht eine ganze Reihe von sogenannten Exceptionen aufstellen, welche in den Gerichten täglich unter diesen Namen vorkommen, ohne daß man auch nur entfernt daran dächte, denjenigen, welcher sich derselben bedient, mit dem Beweise zu belasten.

1. So verpflichtet die sogenannte Einwendung des nicht zugezählten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae), deren auch die österr. Gesetze ausdrücklich erwähnen **), nach unserm gegenwärtigen Proceßsysteme niemals zu einem ersten Beweise, sondern höchstens zu einem Gegenbeweise, wenn der Gegner die numeratio bereits durch eine

*) Ebenda §. 37.

**) Patent vom 1. März 1787 J. G. S. n. 636.

Schuldurkunde oder auf anderem Wege erwiesen hat. Nach §. 114 der allg. (§. 182 der gal.) G. O. beweist der förmliche Schuldschein die geschehene Zuzählung gleich nach seiner Ausstellung, also auch **intra biennium**. Derjenige, welcher den Inhalt des Schuldscheines widerspricht, muß immer den Gegenbeweis führen, daß die Zuzählung des Geldes nicht erfolgt sey *).

2. Auf gleiche Weise sprechen unsere Gesetze von einer **exceptio falsi**, von der Einwendung, daß die producirte Urkunde von dem darauf erscheinenden Aussteller nicht herrühre **). Wie sehr würde man aber irren, wenn man die Idee faßte, daß derjenige, welcher sich dieser sogenannten Einwendung bedient, den Beweis der Unechtheit als Vorbeweis zu liefern angehalten werden könnte. Vielmehr muß sein Vorgeben, wie uns die §§. 133 und 134 der allg. (§§. 207 und 208 der gal.) G. O. lehren, als ein bloßer Widerspruch betrachtet werden, in Folge dessen der Producent der Urkunde angehalten wird, den Vorbeweis zu übernehmen, und den Producten durch Vergleichung der Handschriften, allenfalls durch Auftragung des Eides oder in anderem Wege zu überweisen.

3. Die sogenannte Einwendung des nicht er-

---

*) Die **except. non num. pec. privilegiata** ist also schon durch jene bestimmten Anordnungen unserer Gerichtsordnungen, nicht erst durch das Patent vom **1.** März **1787** aufgehoben worden.

**) Hofd. vom **5.** Oct. **1792 n. 57.** — „Die unterlassene Ein„sicht der von dem Gegentheile in einem Rechtsstreite geleg„ten Urkunde behebt. . . . . nicht die Einwendung, „daß die ganze Urkunde ein Falsum sey.“

füllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus) wälzt die Beweislast nicht auf den Excipienten; sie muß also ebenfalls nicht als eine wahre Einwendung, sondern lediglich als ein Widerspruch des Klagegrundes angesehen werden. Der Kaufpreis z. B. wird nur für die Übergabe des Kaufobjectes versprochen, und es kann aus dem Versprechen des Kaufpreises allein ohne erfolgte Übergabe des Kaufgegenstandes ein Klagerecht des Verkäufers auf Bezahlung nicht abgeleitet werden. Zu dem Grunde dieser Klage gehört wesentlich auch der Umstand, daß der Kläger seine Verbindlichkeit schon erfüllt habe, oder wenigstens sie zu erfüllen bereit sey *). Was aber zum Klagegrunde gehört, — so sagt man allgemein, — muß von dem Kläger bewiesen werden. Der dagegen erhobene Widerspruch des Geklagten kann nur sehr uneigentlich den Namen einer Einwendung führen, und niemals Gegenstand des ersten oder Vorbeweises, sondern höchstens des Gegenbeweises seyn **).

---

*) §§. 1052 und 1066 des allg. b. G. B.

**) Deßhalb spricht Weber a. a. O. S. 205 den Wunsch aus, daß für diese Gegenrede des Geklagten die Benennung exceptio, durch welche sich manche Richter irre leiten lassen, gar nicht gebraucht werden möchte. Dieser Ansicht, welche schon Böhmer (in seinem jus eccles. protest. II. 19, 11.) aufgestellet hat, stimmen auch Vorst a. a. O. §. 79 p. 101. — Knappe a. a. O. p. 103. — Haimerl: Über Litiscontestation und Einw. §. 12. — Herr Appellationsrath Nippel in dem Commentar zum §. 1052, des allg. b. G. B. unter Nr. 2 und Andere bei.

Einige neuere Rechtsgelehrte *) wollen zwar die Gegenrede des nicht erfüllten Contractes als eine Einwendung gelten lassen, geben aber dennoch zu, daß diese exceptio den Geklagten zum Beweise nicht verpflichte, und zwar aus demselben Grunde, aus welchem auch der Kläger von dem Beweise der Nichterfüllung der eingeklagten Verbindlichkeit zur Begründung seiner Klage entbunden ist. Es wäre hier nicht am Platze, den Grund, welchen diese Schriftsteller für ihre Entscheidung anführen, umständlich zu prüfen; einstweilen genügt für unsern nächsten Zweck das Zugeständniß der Gegner im Allgemeinen, daß manche Behauptung zum Klagegrunde oder zur Einwendung gehören könne ohne zum Beweise zu verpflichten **).

4. Nach denselben Grundsätzen ist in der Regel die sogenannte Einwendung des nicht gehörig erfüllten Vertrages (exceptio non rite adimpleti contractus) zu beurtheilen. Dieselbe erscheint in den meisten Fällen nur als ein theilweiser Widerspruch der zum Klagegrunde gehörigen Behauptungen des Klägers, daß er seinerseits den

---

*) Wie Herrwart in dem Arch. für civ. Praxis Bd. VII. S. 335 und Bd. XIV. S. 206 — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 344 — und Heffter a. a. O. S. 287.

**) Die Schwierigkeit und das hohe Interesse der hier behandelten Haupt- und Nebenfrage zeigt unter andern auch der Umstand, daß in der neuesten Zeit die exceptio non adimpleti contractus eine ganze kleine Literatur für sich erhalten hat. Ich erinnere hier nur an einige neuere Erscheinungen, als: Volkmann: De exc. non adimpl. contr. 1829. — A. Lange über die Einrede des nicht erfüllten Contractes. Regensburg 1829.

Vertrag debito modo schon erfüllt habe, oder doch zu erfüllen bereit gewesen sey. — Ausnahmsweise bekommt die Sache freilich eine ganz andere Wendung, wenn der Geklagte die in Frage stehende Leistung ohne Protestation angenommen hat. Denn unter dieser Voraussetzung müßte vermuthet werden, der Annehmende sey mit der Leistung zufrieden gewesen; derselbe könnte sich also, auf Gegenleistung belangt, nur mit der Nachweisung eines Irrthumes schützen. — Die exc. non rite adimpl. cont. würde hier die Natur der Einwendung des Irrthumes annehmen, und bewiesen werden müssen *).

5. Auch die sogenannte exceptio rei non sic sed aliter gestae verbindet nicht zum Beweise, ist bloß ein Abläugnen des Klagegrundes, und folglich nur eine Scheineinwendung; weil der Beklagte mittelst derselben implicite widerspricht, daß der Vertrag so geschlossen worden sey, wie der Kläger zur Begründung seines Rechtsanspruches anführt. Der Beweis dieses Widerspruches aber kann von dem Geklagten nicht gefordert werden **).

6. Die sogenannte exceptio pluris petitionis tempore ist begreiflicher Weise in der Regel nichts anderes, als ein theilweiser Widerspruch des Klagegrundes, und ladet also auch dem Excipienten den Beweis nicht auf. Die

*) Vergl. Knappe a. a. O. §. 41, S. 104. — Borst a. a. O. S. 102 §. 79 — Heffter a. a. O. S. 288.

**) Knappe a. a. O. §. 41, S. 105. — Weber a. a. O. S. 206, wo der aus Sibeth's Skizze einer neuen Theorie der Klagen u. s. w. gezogene Rechtsfall Berücksichtigung verdient.

Natur einer zu beweisenden Einwendung hat sie nur dann an sich, wenn der Grund derselben in einem dem Vertrage erst nach der Hand angehängten pactum adjectum liegt, nach welchem das Begehren des Klägers mit Beziehung auf die Zeit der Leistung eine Einschränkung erlitten hat *).

7. Ein gleiches Bewandtniß hat es mit der sogenannten exc. pluris petitionis rei **).

8. Die exc. casus ist gemeinhin ein bloßer Widerspruch gegen die Behauptung des Klägers, daß die in Frage stehende Beschädigung aus der Causalität des Geklagten hervorgegangen sey. Von dem Letztern wird der Beweis des Zufalls nur dann gefordert werden können, wenn das Gesetz eine Vermuthung für das Verschulden aufgestellt hat ***).

9. Ja sogar die exc. solutionis, welche in der Regel eine wahre Einwendung ist, wird von den Lehrern des gemeinen Rechtes unter gewissen Bedingungen als ein bloßer die Beweislast nicht begründender Widerspruch erklärt †).

---

*) Haimerl a. a. O. §. 12, S. 25.

**) Vergl. Fischer Handbuch der dilator. Einwendungen.

***) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 343. — Die lichtvollen Anordnungen unseres a. b. G. B. über die culpa haben die meisten Streitigkeiten abgeschnitten, mit welchen diese Lehre in den Schriften des gemeinen Rechtes angefüllt ist. Auf die wichtige Rolle, welche die Vermuthungen hiebei spielen, werde ich später zurückkommen.

†) Insbesondere dann, wenn sich derselben der Emphiteuta gegen die Klage auf Austreibung wegen Nichtzahlung des seit drei Jahren ausständigen Canons bedient. Vergl. Knappe a. a. O. S. 106. — Anderer Meinung ist Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 342.

Die vorausgeschickten Beispiele mögen hinreichen, um es recht lebhaft in Erinnerung zu bringen, wie wenig es angeht, sich bei Regulirung der Beweislast daran zu halten, was in dem historischen Entwicklungsgange unserer Proceßgesetze in Folge positiver Anordnungen ursprünglich als exceptio sich darstellte, und hie und da noch gegenwärtig durch den juridischen Sprachgebrauch als Einwendung bezeichnet wird.

Unter solchen Umständen mußte sich endlich das Bedürfniß geltend machen, die Begriffe des Klagegrundes und der exceptio, der replicatio und duplicatio von innen heraus selbstständig zu entwickeln. Man verließ also den Boden des positiven Rechtes, und flüchtete auf das immer bekannter werdende Gebiet der Philosophie des Beweises. Ich halte, wie gesagt, auch die in dieser Region gemachten Versuche für verunglückt. Inzwischen sind dieselben bedeutsam genug, und eine aufmerksame Kritik derselben kann, wie ich glaube, zur Entdeckung der Wahrheit wesentlich beitragen.

## §. 16.

### II. Mißlungene Versuche der Neueren, die Begriffe von Klagegrund und Einwendung (Replik und Duplik) auf philosophischem Wege durch die Unterscheidung rechtserzeugender, rechtshindernder und rechtszerstörender Thatsachen ohne Rücksicht auf den Unterschied bejahender und verneinender Sätze zu bestimmen.

II. Sobald man die Begriffe, um welche es sich hier handelt, abgesehen von positiven Bestimmungen, aus der Natur der Sache und aus der Philosophie des Beweises entwickeln will, gelangt man bald zu der Überzeugung, daß die

immer wiederkehrende Frage: ob eine gewisse Thatsache zum Klagegrunde gehöre oder nicht, ob eine Gegenrede des Geklagten bloßer Widerspruch oder Einwendung sey; gleichbedeutend ist mit der Frage: Wer hat in dem gegebenen Falle zu beweisen? Wer die eine dieser beiden Fragen beantwortet hat, darf um die Lösung der andern nicht mehr bekümmert seyn; aber beide müssen aus einem höhern Principe abgeleitet werden, und dieß ist eben der Punkt, welcher gewöhnlich zum nicht geringen Nachtheile der Wissenschaft übersehen wird. Denn wenn man die Propheten im Lande fragt, warum eine gewisse Thatsache zum Klagegrunde, eine andere, zu den Einwendungen des Geklagten gehöre, so erhält man die Antwort: weil jene der Kläger und diese der Geklagte beweisen müsse; — und will man wissen, warum dort der Kläger, hier der Geklagte zu beweisen habe, so erfolgt der Bescheid: weil jene Thatsache zum Klagegrunde gehöre, diese eine Einwendung sey. Der Cirkel liegt am Tage, wird aber nichtsdestoweniger immer wieder aufs neue gemacht, um überlästige Frager zur Ruhe zu bringen. Wer nicht gesonnen ist, auf diese Weise unabläßig in die Runde zu gehen, muß also ein höheres Merkmahl aufsuchen, aus welchem jene beiden, der Wesenheit nach gleichbedeutenden Fragen zu gleicher Zeit beantwortet werden können.

Ein solches Merkmahl glaubt man nun wirklich alles Ernstes in der Unterscheidung von rechtserzeugenden, rechtshindernden und rechtszerstörenden Thatsachen gefunden zu haben. Durch diese Unterscheidung sollen sich die in Frage stehenden Begriffe des Klagegrundes und der Einwendung haltbar bestimmen lassen; und somit, heißt es, sey die Anwendbarkeit der Weber'schen Regel gesichert. —

Bevor ich die Schwäche dieses beliebten Auskunftsmittels zeige, will ich die Ansicht, welche derselben zu Grunde liegt, so vortheilhaft als möglich darzustellen suchen.

Damit ein Klagerecht wirklich vorhanden sey, müssen sich — so sagen die Verfechter jener Theorie — in der geschichtlichen Grundlage des Rechtsverhältnisses dreierlei Momente vereinigen. Es wird nämlich erfordert:

1. daß alle Entstehungsgründe des im concreten Falle geltend zu machenden Rechtes gegeben sind (Daseyn aller rechtserzeugenden Thatsachen);

2. daß keine Umstände eingetreten sind, welche die Entstehung des Klagegrundes unmöglich machen, die Wirksamkeit der rechtserzeugenden Thatsache hemmen (Mangel der rechtshindernden Thatsachen); — und endlich

3. daß keine Umstände vorliegen, welche das bereits entstandene Klagerecht nachmals wieder aufgehoben haben (Mangel rechtsvernichtender Thatsachen).

Deß ungeachtet behauptet man, gehöre zu dem Klagegrunde nur das Daseyn rechtserzeugender, nicht aber auch der Mangel rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen. — Nur auf jenes, nicht auf diesen habe der Kläger seine Klage zu stützen. — Hiernach ließe sich in der Einrede oder Antwort des Geklagten, insofern sie nicht in bloßen Gegendeductionen besteht, sondern sich auf die historische Grundlage des Rechtsstreites bezieht (mit welcher wir es hier ausschließlich zu thun haben), abermals drei Momente unterscheiden:

1. Der Geklagte widerspricht nämlich gewöhnlich die den Klagegrund bildenden (rechtserzeugenden) Thatsachen; sey es nun durch einfache Verneinung oder auch durch Anführung von Thatsachen, welche die Wahrheit des Klagegrundes ausschließen, und dann ist seine Antwort negative Li-

tisconteſtation, verneinende Einlaſſung, Widerſpruch des Klagegrundes; wodurch er niemals zur Führung eines erſten Beweiſes verpflichtet, ſondern höchſtens zur Übernahme eines (directen oder indirecten) Gegenbeweiſes berechtigt wird.

Wenn aber die Thatſachen, aus welchen der Kläger ſein Recht ableitet, nicht beſtritten, oder wenn ſie von ihm auf erfolgten Widerſpruch bewieſen werden können, ohne daß dem Geklagten ein Gegenbeweis zur Seite ſteht; ſo kann der Letztere ſeine Verurtheilung dadurch abwenden, daß er Thatſachen anführt, welche der Wahrheit des Klagegrundes ungeachtet einen Schluß auf die Nichtexiſtenz des Klagerechtes zulaſſen, nämlich entweder

2. ſolche Thatſachen, welche die Entſtehung des Klagerechtes hinderten (wie Betrug, Zwang, Unfähigkeit der Partei u. dgl.), oder

3. ſolche, welche das ſchon entſtandene Klagerecht wieder zerſtörten (wie die Zahlung, der Vergleich u. dgl.).

Die Anführung ſolcher Thatſachen, ſagt man, ſey im Gegenſatze von jenem negativen Verhalten, wodurch der Klagegrund widerſprochen wird, — eine poſitive, ſelbſtſtändige Vertheidigungshandlung — eine Einwendung (exceptio), welche im Falle des Widerſpruches von dem Geklagten zu beweiſen iſt *). Kurz, unter den Begriff

*) Daß hier nur auf die die merita causae betreffenden Einwendungen reflectirt, und jener ſogenannten Proceß-Einwendungen gar nicht gedacht wurde, welche, ohne das Beſtehen des Klagerechtes ſelbſt zu berühren, nur die Art und Weiſe der Rechtsverfolgung beanſtänden, und mit den eigentlichen Exceptionen theils gar keine, theils nur eine ent-

von Einwendung fallen alle, aber auch nur diejenigen Thatsachen, welche das Nichtdaseyn des Klagerechtes zeigen, ohne den Klagegrund, d. i. die Thatsachen, aus welchen das Klagerecht abgeleitet wird, zu widersprechen *). — Und somit, meint man, sey der beliebten Weber'schen Regel ein Gehalt gegeben. Über die Vertheilung der Beweislast könne weiter in der Anwendung gar kein Zweifel mehr obwalten, wenn einmal ausgemacht ist, daß der Kläger nur den Grund seiner Klage, der Geklagte dagegen nur den Grund seiner Einwendungen zu beweisen habe; und daß jener Grund in den Thatsachen, welche das Klagerecht erzeugen, diese Einwendungen aber in den Thatsachen bestehen, welche entweder die Entstehung des Klagerechtes verhinderten, oder das schon entstandene wieder zerstörten. Dieß vorausgeschickt, lasse sich auch sehr leicht ermitteln, was zu den Repliken und Dupliken gehöre, von welchen natürlich die Ersteren der Kläger, die Letzteren der Geklagte beweisen muß.

Wir würden gegen diese Darstellung, wodurch der Weber'schen Theorie neuerlich auf die Beine geholfen werden sollte, gar nichts einzuwenden haben, wenn uns nur mit einiger Zuverlässigkeit angedeutet würde, was wir denn eigent-

---

fernte Ähnlichkeit haben, wird durch die Natur unserer Aufgabe entschuldigt, welche uns anweist, nur das Wesentliche zum klaren Überblicke zusammenzustellen, ohne die Aufmerksamkeit durch untergeordnete Einzelnheiten zu zerstreuen. — Man vergl. Knappe a. a. O. §. 48. — Gesterding Ausbeute. Theil II. S. 175.

*) Eine umständliche Entwicklung dieser allerdings bemerkenswerthen Ansichten ist in der citirten Abhandlung Knappe's in den §§. 39 — 40 zu finden.

lich unter rechtserzeugenden, rechtshindernden und rechtszerstörenden Thatsachen zu verstehen haben? Allein hier stoßt man überall auf Zweifel und Ungewißheit. Man kann sich bey einiger Aufmerksamkeit die Überzeugung verschaffen, daß diese Begriffe gerade so schwankend sind, als die des Klagegrundes und der Einwendung, welche sie erläutern sollen. — Daß aber die Berufung auf Begriffe, deren Inhalt und Umfang aller Bestimmtheit ermangelt, weder der Praxis, noch der Wissenschaft aufhelfen könne, versteht sich von selbst. Sie ist das fruchtlose Bestreben ein **incertum** durch ein **aeque incertum**, eine unbekannte Größe aus andern ebenfalls unbekannten Größen herauszufinden. — Die Frage: Wer hat zu beweisen, wird auf diesem Wege nicht gelöst, sondern hinausgeschoben, indem man statt einer als ungenügend erkannten Antwort eine andere eben so ungenügende Antwort gibt; und für das Räthsel, welches die juridische Welt seit Jahrhunderten in Athem hält, eine Lösung liefert, welche selbst ein noch zu lösendes Räthsel ist.

Der größere Theil des Publicums läßt sich nun freilich gar zu gerne mit neuen Worten beschwichtigen, wenn sich dabei nur etwas halbwegs Passendes denken läßt. Allein wie schlecht der Wissenschaft mit solchen schwankenden Nebellehren gedient sey; welche gefährliche Unsicherheit durch dergleichen haltlose Wortweisheit in die Übung des Lebens selbst gebracht werde, muß Jeder erkennen, der in ähnlichen Dingen nur einige Erfahrung hat. — Ich erlaube mir deßhalb, den Leser bei dem Standpunkte, auf welchen ich ihn geführt habe, noch länger aufzuhalten, und die Begriffe von **A** rechtserzeugenden, **B** rechtshindernden und **C** rechtszerstörenden Thatsachen einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen.

Das Resultat dieser allerdings etwas umständlichen Untersuchungen wird lehren, daß diejenigen zwar vollkommen Recht haben, welche behaupten, der Kläger müsse die rechtserzeugenden, der Geklagte die rechtshindernden und rechtszerstörenden Thatsachen beweisen; daß sie aber in Unklarheit und Mißverständniß befangen sind, wenn sie glauben, hiermit ein ausreichendes Princip für die Vertheilung der Beweislast geliefert zu haben. Denn da jene Begriffe, auf welche sie so großes Gewicht legen, ihre wahre Bedeutung erst dadurch erhalten, daß sie nur auf Facta im eigentlichen Sinne (im Unterschiede von Nonfacten) bezogen werden, so erhält auch das darauf gegründete Princip erst dadurch einen Gehalt, wenn es mit der Lehre von dem Realkriterium bejahender und verneinender Behauptungen in Verbindung gesetzt wird. Kurz, der von den Neuesten gemachte Versuch, der Weber'schen Theorie für die Praxis Geltung zu verschaffen, führt uns bei einer schärferen Beleuchtung unwillkührlich auf den alten Satz: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** zurück.

Wir dürfen demnach die Aufmerksamkeit unserer Leser für das Nächstfolgende um so mehr in Anspruch nehmen, als es damit nicht nur auf die Widerlegung einer einzelnen Gegenansicht, sondern auf eine gänzliche Zerstörung jenes falschen Scheines abgesehen ist, welcher die Lehre von der Last des Beweises in ein täuschendes Licht versetzt, und mit dessen Hebung sich ein überraschender und völlig klarer Überblick des ganzen Gebietes eröffnet.

## §. 17.

**A. Rechtserzeugende Thatsachen können immer nur Facta im eigentlichen Sinne seyn. — Non-Facta sind daher nicht zu beweisen, wenn sie gleich a) von den Parteien als negative Bedingungen der Rechtsentstehung gesetzt worden sind.**

A. Der Kläger, heißt es, hat Alles, aber auch nur dasjenige zu beweisen, wodurch er seine Klage begründet. Den Grund seiner Klage aber bilden lediglich die rechtserzeugenden Thatsachen; und diese sind also auch der ausschließliche Gegenstand des Beweises für den Kläger. So muß ich z. B., um die Contracts-, Erbschafts- oder Entschädigungsklage mit Wirkung anzustellen, den abgeschlossenen Vertrag, die Errichtung des letzten Willens, die erlittene Beschädigung beweisen.

Dieß läßt sich nun freilich im Allgemeinen ganz gut hören, und auch in der Anwendung wird man sich manchmal recht leicht darüber vereinigen, was für Thatsachen das Klagerecht erzeugen und als Grund der Klage den Kläger zum Beweise verpflichten. — Dann aber kommen wieder Fälle vor, wo dieß Alles höchst zweifelhaft erscheint, und wo man sehr empfindlich fühlt, wie unbestimmt und schwankend die hieher gehörigen Begriffe sind. Insbesondere drängt sich bei einiger Aufmerksamkeit vor Allem die Frage auf: wie es denn mit den Non-Facten stehe; ob auch sie unter den Begriff von rechtserzeugenden Thatsachen subsumirt, und als zum Grunde der Klage gehörig bewiesen werden müssen?

Unsere Gegner, welche in der Materie von der Beweislast zwischen Facten und Non-Facten, zwischen bejahenden

und verneinenden Behauptungen der Parteien keinen Unterschied anerkennen wollen, sind sehr geneigt, diese Frage ganz obenhin bejahend zu beantworten, und zu erklären: daß man unter dem in ihrer Regel enthaltenen Ausdrucke „rechtserzeugende Thatsachen“ alle Facten und Nonfacten zu verstehen habe, von welchen das Klagerecht abhängt.

Allein gegen diese bequeme Auslegung erheben sich sehr gewichtige Bedenken. Ein Non-Factum ist nämlich an und für sich gar nichts, und wird nur durch die Vorstellung von dem Abgange gewisser Realitäten begriffen. Nun scheint es durchaus nicht anzugehen, daß man sich ein solches non ens als wirkende Ursache der Rechtsentstehung, oder als rechtserzeugende Thatsache denke. Denn unter wirkender Ursache (causa efficiens) stellen wir uns ein Ding vor, welches auf ein Anderes bestimmend einwirkt. Dasjenige, wodurch ein Ding Ursache von einer bestimmten Wirkung wird, heißt seine Wirksamkeit (efficacia), und das allgemeine innere Princip derselben seine Kraft (vis). Durch die Wirkung allein kündigt sich uns die Kraft, und mit dieser das Ding selbst als ein wirkliches an. Kurz, wir können uns ein wirkliches Ding nicht anders als durch seine Wirkung, und eine Wirkung nicht anders als von einem wirklichen Dinge ausgehend, vorstellen. Es ist in der Natur unserer Anschauungsweise gegründet, daß wir uns die Ursache jeder Veränderung selbst als ein wirkliches und wirkendes Ding denken: als Bewegung, Thätigkeit, lebendige Kraft. Ein non-ens wird auch nichts wirken; das Nichtseyn was immer für einer Ereignung kann nimmermehr die causa efficiens eines Rechtes seyn.

Die Richtigkeit dieser Bemerkung ist auch von unseren

Gegnern gefühlt, wenn gleich niemals zur Klarheit entwickelt worden.

Sie gestehen selbst zu: „daß aus Nichts Nichts werden, „und folglich auch das Nichtseyn einer Thatsache nicht als „die positiv-wirkende Ursache eines Rechtes oder einer „Aufhebung desselben angesehen werden kann. Allein das „Nichtseyn einer Thatsache“ — so glauben sie vermittelnd hinzufügen zu müssen — „kann doch die Entstehung oder „Vollendung eines Rechtes bedingen, so daß dasselbe, wäre „die Thatsache vorhanden gewesen, nicht hätte entstehen oder „vollendet werden können.“ — „Eine positiv wirkende Ursache, „eine Handlung, Begebenheit, faktisches Verhältniß, kurz „eine Thatsache muß jederzeit vorhanden seyn, wenn ein „Recht entstehen soll: aber die Wirksamkeit der rechtserzeu„genden Thatsache ist dadurch bedingt, daß eine andere That„sache, wodurch die Rechtsentstehung oder Vollendung ge„hindert würde, nicht sey oder nicht eintrete.“ — „Auf diese „Weise kann das Nichtseyn einer Thatsache, zwar nicht als „wirkende Ursache, aber doch als nothwendige Be„dingung zum Rechtsgrunde gehören, und einen wesent„lichen Bestandtheil desselben ausmachen.“ *)

Aus diesen Zugeständnissen läßt sich schon entnehmen, wie schlimm es um die Ansicht unserer Gegner stehe. Die Regel: daß der Kläger nur die ihm zur Seite stehenden rechtserzeugenden Thatsachen zu beweisen habe, erscheint ihnen selbst als unzulänglich; — denn sie behaupten, es liege dem Kläger auch der Beweis über den Abgang der rechtshindernden Thatsachen (wenigstens unter gewissen Voraussetzungen) ob;

*) S. Vorst: Über die Beweislast im Civilprocesse. Leipzig 1824. §. 22. S. 25 und 26.

daher sind sie genöthigt, unter der Hand an die Stelle jener Regel eine andere unterzuschieben, welche dahin lautet: daß der Kläger alle Bedingungen seines Klagerechtes erweisen müsse. — Hiemit, meinen sie, sey für ihre Ansicht über die Vertheilung der Beweislast wieder freies Feld gewonnen. Denn da auch der Nichteintritt einer Ereignung theils durch Willkühr der Parteien, theils durch die Natur der Sache, oder durch Anordnung des Gesetzes als Bedingung der Rechtsentstehung, oder doch der Wirksamkeit eines Rechtes gesetzt seyn kann, so scheint es den Gegnern eine ausgemachte Sache zu seyn, daß derjenige, welcher ein auf diese Weise bedingtes Recht geltend machen will, die Erfüllung der negativen Bedingung, mithin den Nichteintritt einer Ereigung als den Grund seiner Klage beweisen müsse. Dann erlaubt man sich wieder den Nichteintritt einer Ereignung, welcher die Entstehung eines Rechtes bedingt, unter dem Namen der rechtserzeugenden Thatsachen mitunterlaufen zu lassen; und somit gewinnt die einmal beliebte Regel einen Anschein von Geltung, mit welchem man sich in Gottes Namen begnügt, und in Ermanglung eines Bessern so gut es gehen mag, behilft.

Was für eine heillose Begriffsverwirrung bei unseren Gegnern herrsche, ist schon aus den vorhergehenden Andeutungen hinlänglich zu entnehmen. Wir wollen darüber kein Wort mehr verlieren, sondern uns lediglich an die Sache selbst halten, und folgende sehr einfache Frage stellen:

Ist es denn wahr, daß der Kläger auch ein Non-Factum (eine sogenannte negative Thatsache, den Nichteintritt einer Ereignung) beweisen müsse, wenn das Klagerecht davon als von einer Bedingung abhängig ist?

Wer auf die Declamationen unserer Gegner hört, sollte glauben, daß diese Frage überall und einstimmig bejahend werde beantwortet werden. Faßt man aber das wirkliche Leben und die Praxis in's Auge, so gewahrt man nicht ohne Erstaunen, daß hier beinahe durchgehends im entgegengesetzten Sinne entschieden werde; ja daß selbst unsere eifrigsten Gegner ihren laut gepredigten Grundsätzen in der Anwendung fast überall ungetreu werden, und sich ohne weiteres Bedenken von einem natürlichen Rechtsgefühle geleitet, an die von uns vertheidigte Regel halten, nach welcher die negativen Bedingungen des Klagerechtes den Kläger zum Beweise nicht verpflichten. — Es gibt wahrlich keinen größeren Triumph für ein vielfältig bestrittenes theoretisches System, als wenn seine Grundsätze selbst von denjenigen unbewußt befolgt werden, welche dasselbe am Lebhaftesten bekämpfen. — Daß dieß in unserm Falle geschehe, soll nun zur vollständigen Überzeugung dargethan werden. Ich will nämlich zeigen:

a) daß die Praxis in den Fällen, wo das Klagerecht durch Willkühr der Parteien von dem Nichteintritte einer Ereignung abhängig gemacht wurde, den Kläger in der Regel von dem Beweise dieses Nonfactums loszählt, und daß die seltenen Ausnahmen, in welchen man geneigt ist, ihn mit dem Beweise der Negative zu beschweren, in der Natur der Sache gar nicht gegründet sind, sondern einzig und allein durch die übel angebrachte Pietät gegen eine wahrscheinlich mißverstandene Stelle des römischen Rechtes veranlaßt worden zu seyn scheinen. —

b) Will ich eine Reihe von solchen Fällen folgen lassen, in welchen entweder schon nach der Natur der Sache, oder nach Anordnung positiver Gesetze das Klage-

recht durch den Nichteintritt einer Ereignung bedingt ist, ohne daß deßhalb in der Praxis von dem Kläger der Beweis über dieses Non-Factum gefordert würde.

a) In den Digesten findet sich ein Ausspruch des Pomponius, welcher nach der Meinung der meisten Civilisten dem Kläger den Beweis über die Erfüllung einer durch Willkühr der Parteien gesetzten verneinenden Bedingung auferlegen soll. Auf Rechnung dieser einzelnen Stelle ist es hauptsächlich zu schreiben, daß die Lehrer des gemeinen Rechtes, der Autorität ihrer Quellen voreilig trauend, ohne weiteres den Grundsatz aufstellen zu müssen vermeinten: Der Kläger habe jede negative Bedingung, von welcher sein Recht durch Willkühr der Parteien abhängig gemacht wurde, als den Grund seiner Klage, und folglich in gewissem Sinne als eine rechtserzeugende Thatsache zu beweisen. Man hatte hiebei zu wenig bedacht, ob denn jenes berüchtigt gewordene Fragment, auf welches man so viel Gewicht legte, von dem Kläger wirklich den Beweis über den Umstand fordere, daß Lucius Titius vor dem 1. Mai nach Italien nicht zurückgekommen sey? *) —

Aber, was noch unverzeihlicher ist, man hatte weiters übersehen, daß Pomponius nur von dem bestimmten Falle spreche, wo es sich um eine aufschiebend gesetzte negative Bedingung handelt. Nun kann aber auch dann, wenn die verneinende Bedingung auflösend gesetzt, ja sogar

*) Eine aufmerksame Prüfung dieser Stelle (frag. 10 Dig. De verb. obligat. (45, 1.) wird uns später zeigen, daß die bejahende Beantwortung dieser Frage auf alle Fälle etwas voreilig erfolgte.

dann, wenn dem Geschäfte eine bejahend-aufschiebende oder bejahend-auflösende Bedingung beigerückt wurde, derjenige, welcher als Kläger auftritt, in den Fall kommen, sich auf den Nichteintritt der die Bedingung ausmachenden Ereignung zu berufen, so daß sein Klagerecht von einer negativen Bedingung abhängt.

Denn es ist ja eigentlich jede Bedingung zugleich aufschiebend und auflösend, zugleich bejahend und verneinend. Die sogenannte aufschiebende Bedingung verschiebt nämlich den Anfall jenes Rechtes, welches von den Parteien als Hauptsache betrachtet wird (z. B. die Gelangung der Erbschaft an den unmittelbar unter einer Bedingung berufenen Testamentserben); zugleich aber wirkt ihr Eintritt auflösend auf ein secundäres Recht (z. B. auf das des Intestaterben oder Substituten). Umgekehrt verschiebt die sogenannte auflösende Bedingung den Eintritt des als Nebensache betrachteten Rechtsgenusses, während sie den principalen Rechtszustand auflöst.*) Immer stehen sich zwei Personen mit entgegengesetzten Interessen gegenüber; immer handelt es sich um eine Ereignung (Veränderung), von welcher für den Einen der Anfang, für den Andern das Auf-

---

*) Diese für die ganze Lehre von den Bedingungen so fruchtbare Bemerkung ist bisher zu wenig benützt worden. — In der neueren Zeit hat sie Thibaut wieder angeregt. S. dessen civilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814. Stück XVII. Beiträge zu der Lehre von den Bedingungen; aber seither wurde sie nur selten und flüchtig berücksichtigt. — S. Wening: Über die auflösenden Bedingungen bei Erbseinsetzungen. Arch. f. d. civ. Praxis I. Band St. IX. S. 138; — und Zimmern: Über Resolutiv-Bedingungen. Eben da V. Band S. 234.

hören eines Rechtsgenusses abhängt; *) und hieraus folgt mit Nothwendigkeit, daß, so wie an und für sich betrachtet, keine Bedingung rein aufschiebend oder rein auflösend ist, es auch keine gibt, welche als ausschließlich bejahend oder verneinend betrachtet werden dürfte. Denn ist sie für die eine Partei bejahend aufschiebend, so kann sie für die andere als verneinend auflösend gelten; und die für den Einen verneinend aufschiebende Bedingung erscheint für den Andern nothwendig als bejahend auflösend. **)

Es mag also durch Willkühr der Parteien was immer für eine Form der Bedingung gesetzt seyn, so wird immer das Recht eines Interessenten von dem Nichteintritte einer Ereignung abhängen. — Wenn nun dieser in die Lage kommt, sein Recht durch eine Klage geltend machen zu müssen, so hat es immer den Anschein, als ob der Nichteintritt jener

---

*) Diese einfache Wahrheit schwebte dem österreichischen Gesetzgeber vor, als er der überkommenen Terminologie und gelehrten Verwirrung zum Trotze die Bedingung kurzweg als eine »Ereignung« bezeichnete, »wovon ein Recht abhängig gemacht wird« (§. 696 d. a. b. G. B.) Hiedurch ist auch die Sache am allereinfachsten und treffendsten dargestellt, denn die Bedingung mag bejahend oder verneinend gesetzt sey, so ist doch stets die Eine Partei bei dem Eintritte, die Andere bei dem Nichteintritte jener Ereignung interessirt, von welcher das Recht abhängig gemacht wurde.

**) Sehr richtig sagt daher schon das Fr. 10 Dig. De adimendis et transferendis legatis (34, 4.) Legatum cum sub conditione adimitur perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset.

Ereignung zu dem Grunde der Klage gehörte; und unsere Gegner müßten, um sich selbst treu zu bleiben, von dem Kläger immer den Vorbeweis über die Erfüllung der erwähnten negativen Bedingungen begehren. Allein zu einer solchen Vertheilung der Beweislast werden sie sich in Wirklichkeit schwerlich entschließen können. Geht man nämlich alle hieher gehörigen möglichen Fälle nach Verschiedenheit der von den Parteien beliebten Bedingungen durch, so zeigt sich vorerst, daß man in den meisten derselben, durch ein unabweisliches Rechtsgefühl geleitet, den Kläger von dem Beweise der erfüllten negativen Bedingung allgemein und einstimmig losspricht; so daß der von unsern Gegnern aufgestellte Grundsatz als Regel gewiß nicht gelten kann. — Aber auch als Ausnahme werden wir ihn nicht gelten lassen, wenn wir die Fälle, in welchen man bisher ausnahmsweise von dem Kläger den Beweis der Negative fordern zu müssen glaubte, mit den eben erwähnten Fällen, wo der Beweis der Negative nach dem einstimmigen Ausspruche der Sachverständigen nicht gefordert wird, aufmerksam vergleichen und nun die Entdeckung machen, daß jene mit diesen theils geradezu identisch, theils so auffallend ähnlich sind, daß sie auch rücksichtlich der Beweislast nothwendig nach denselben Grundsätzen behandelt werden müssen; und daß wir also bei einem einigermaßen besonnenen Vorgange genöthigt sind, überall wo sich zwischen den Parteien ein Streit über den Eintritt oder Nichteintritt einer zur Bedingung gesetzten Ereignung erhoben hat, demjenigen Streittheile, welcher den Eintritt der Ereignung behauptet, mithin dem Bejahenden den Beweis seiner Behauptung abzufordern, und den Verneinenden von der Last des Beweises zu entheben.

Wie leicht das Einzelne, aus seinem Zusammenhange ge=

rissen, zu einseitigen Betrachtungen und falschen Entscheidungen verleitet, während es an seinen rechten Platz gestellt, und in seinen natürlichen Beziehungen aufgefaßt, das vollkommenste und klarste Verständniß vermittelt, wird sich hier wieder einmal recht eindringlich herausstellen, wenn wir die hieher gehörigen Fälle nach Verschiedenheit der von den Parteien gewählten Formen der Bedingungen der Reihe nach durchgehen.

1) Ist einem Geschäfte eine bejahend aufschiebende Bedingung beigerückt worden, so gilt dieselbe, wie gesagt, dem einen Interessenten immer als auflösend verneinende Bedingung, und wenn nun dieser in die Lage kommt, mit einer Klage aufzutreten, so ist es offenbar, daß sein Klagerecht von der Erfüllung einer negativen Bedingung, von dem Nichteintritte einer Ereignung abhängt. — Ich nehme z. B. an, ein Erblasser hätte folgende letztwillige Anordnung gemacht:

„Dem Titius erlasse ich jene 2000 fl., welche „er mir schuldet, wenn er zur Verfallszeit schon „verheirathet ist.“

Wenn nun der Erbe zur Verfallszeit jene 2000 fl. wider Titius einklagt, so ist sein Klagerecht offenbar durch den Umstand bedingt, daß der Geklagte (Titius) sich bisher nicht verehelicht habe. Aber gewiß wird Niemand sich beifallen lassen, unter solchen Umständen dem Erben den Vorbeweis über diese Negative abzufordern, wenn er sie auch in seiner Klage erwähnte; — oder etwa die Klage als mangelhaft (libellus ineptus) zu bezeichnen, wenn darin des angeordneten Vermächtnisses und der nicht erfüllten Bedingung desselben keine Erwähnung geschieht. — Die Nichtverehelichung des Titius ist allerdings eine negative Bedingung des Klagerechtes, aber sie ist weder eine rechtserzeugende Thatsache, noch gehört sie zum

Grunde der Klage. Denn die Thatsache, welche das Recht des Klägers als ausgewiesenen Repräsentanten des Erblassers erzeugte, und welche den einzigen streitigen Grund der Klage bildet, ist die Abschließung des Darleihensvertrages, und diese allein muß von dem Erben im Falle des Widerspruches erwiesen werden. Der Beweis, daß die Schuld noch fortbestehe, daß sie nicht wieder aufgehoben worden, kann dem Kläger nach der einstimmigen Meinung des juridischen Publicums nicht aufgebürdet werden. Die von dem Erblasser unter der Bedingung der Verehelichung des Schuldners angeordnete Befreiung desselben und die Erfüllung dieser Bedingung werden vielmehr als Thatsachen angesehen, welche das Recht des Klägers zerstören; es ist also auch die Behauptung, daß die Forderung durch das legatum liberationis erloschen sey, als eine Einwendung des Geklagten zu behandeln, und diesem liegt, insofern er ein günstiges Urtheil erwirken will, der Beweis über das zu seinen Gunsten gemachte Vermächtniß und über dessen Wirksamkeit, mithin auch über den Eintritt der beigefügten Bedingung, nämlich über seine vor der Verfallszeit erfolgte Verehelichung, ob.

Wir haben somit vor der Hand schon einen Fall, in welchem das Klagerecht von einem Non-Factum, von der Erfüllung einer negativen Bedingung abhängt, ohne daß der Kläger verbunden wäre, die Negative zu beweisen. — Aber es kann dasselbe Verhältniß auch dann eintreten, wenn es sich um ein Recht handelt, welches durch Willkühr der Parteien

2) von einer bejahend auflösenden Bedingung abhängig gemacht wurde. Denn eine solche Bedingung hat, wie gesagt, für eine der dabei interessirten Parteien immer den Charakter einer verneinend aufschiebenden Bedingung; und wenn nun diese Partei mit einer Klage aufzutreten ge-

nöthigt ist, so erscheint ihr Recht ebenfalls durch den Nichteintritt einer Ereignung bedingt. Man denke sich, daß ein Erblasser folgende letztwillige Anordnung gemacht habe:

„Meine Gattin soll ein jährliches Legat von „2000 fl. haben; wenn sie sich aber wieder verehelicht, soll sie diesen Genuß verlieren."

Hier ist die Wiederverehelichung jene Ereignung, von welcher das Recht der Legatarin und des Erben abhängt. So wie nämlich der Eintritt dieser Ereignung das Recht der Ersteren auflöst, so schiebt der Nichteintritt derselben die Befreiung des Erben auf. Setzen wir nun, die Witwe wolle eine fällige Jahresrate gegen den mit der Leistung des Legates beschwerten Erben eintreiben; und dieser sucht sich gegen die Klage durch das Vorgeben zu schützen, die Legatarin hätte inzwischen heimlich eine zweite Ehe geschlossen, was natürlich die Legatarin nicht zugeben will; — und fragen wir bei den Rechtsverständigen an, wie unter solcher Voraussetzung in Rücksicht der streitigen Erfüllung der Bedingung die Beweislast unter den Parteien zu vertheilen sey? — Das Recht der Klägerin, die fällige Jahresrate ihres Legates zu fordern, hängt offenbar von dem Umstande ab, daß sie inzwischen keine neue Ehe eingegangen hat; unsere Gegner müßten also, wenn sie ihrem Grundsatze treu bleiben wollten, die von der Legatarin behauptete Nichtwiederverehelichung (den Nichteintritt jener Ereignung, von welcher das Recht abhängig gemacht wurde) als eine zum Grunde der Klage gehörige (rechtserzeugende) Thatsache betrachten, und die Klägerin mit dem Beweise derselben belasten. Allein zu solchen Consequenzen werden sie sich schwerlich bequemen. Denn es wird allgemein gerade umgekehrt der Eintritt der in Frage stehenden Ereignung

(die Wiederverehelichung der Legatarin nämlich) als ein Hinderniß der Entstehung des Klagerechtes, oder gar als eine dasselbe zerstörende Thatsache angesehen. Nach dieser Ansicht entscheidet man überall einstimmig: der Erbe habe, um von der Zahlung des Legates befreit zu werden, die von ihm behauptete Wiederverehelichung als seine Einwendung zu beweisen; dagegen dürfe der Klägerin ein Beweis über ihren fortdauernden Witwenstand nimmermehr aufgebürdet werden, sie mag sich auf denselben in ihrer Klage berufen haben oder nicht; und ein unabweisliches Rechtsgefühl bestätigt die Richtigkeit dieser Entscheidung.

Dieß vorausgeschickt, erscheint auch der Fall in einem ganz anderen Lichte, da ein Recht

3) von einer verneinend aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht wurde; und zwar insbesondere dann, wenn die Parteien diese Bedingung

α) rein, d. h. ohne Beirückung eines Zeitpunktes oder einer Nebenbedingung gesetzt haben. Denn sobald die Erwerbung, Wirksamkeit oder Fortdauer eines Rechtes an den Umstand geknüpft wurde, daß eine gewisse Ereignung überhaupt gar nicht erfolge, so ist die Bedingung nach der gegenwärtig allgemein gangbaren Vorstellungsweise einer bejahend-aufschiebenden Bedingung an Bedeutung und Wirkung gleichzustellen *). — Man denke sich z. B., der

*) Wenn der Erblasser die Entstehung oder Wirksamkeit eines Rechtes von dem Umstand abhängig machte, daß eine gewisse Ereignung überhaupt gar nicht eintrete, so kann man über die Erfüllung dieser Bedingung erst dann vollkommen beruhigt seyn, wenn es gewiß geworden ist, daß der Eintritt jener Veränderung geradezu unmöglich sey.

Erblasser, welcher seiner Gattin für die Zeit ihres Witwenstandes ein jährliches Einkommen von 2000 fl. zuwenden wollte, hätte diese Form der Bedingung gewählt, und seine letztwillige Anordnung so ausgedrückt:

„Meine Gattin soll ein jährliches Legat von

---

Diese Gewißheit aber tritt bei rein zufälligen Ereignungen möglicher Weise niemals, oder vielleicht nach sehr langer Zeit, und selbst bei potestativen Bedingungen erst mit dem Tode des Betheiligten ein, welcher eben deßhalb in den meisten Fällen gar nicht zu dem Genusse des ihm zugedachten Rechtes gelangen sollte, weil die Bedingung noch immer deficiren könnte. — Diese strenge Ansicht, welcher die älteste Rechtsschule wirklich anhing, suchte schon das spätere römische Recht durch die Einführung der cautio Muciana zu mildern (Fr. 7 pr. Dig. De condition. 35, 1.); und die Neueren machten noch einen Schritt weiter. Von der natürlichen Voraussetzung ausgehend, daß der Erklärende auf alle Fälle dem zunächst Berufenen einen Vortheil habe zuwenden wollen, stellten sie jede solche rein gesetzte negative aufschiebende Bedingung einer bejahend gesetzten auflösenden an Bedeutung und Wirkung gleich. — So das gal. Gesetzbuch II. Theil §. 491. „Durch verneinende Bedingungen, durch solche „nämlich, die sich auf den Nichterfolg einer Ereignung „gründen, wird das Erbrecht nicht aufgeschoben. „Erfolgt aber die Ereignung, so erlöscht das „Erbrecht." — Und ganz in demselben Sinne werden in unserm allg. bürg. G. B. §. 708 u. §. 897 die verneinenden Bedingungen den auflösenden vollkommenen gleichgestellt. — Vergl. des Herrn Prof. Helm: Abhandlung über den Begriff und die Eintheilung der Bedingungen, in der Zeitschrift für öst. Rechtsg. u. s. w. J. 1825 §. 15.

„2000 fl. haben, wenn sie sich nicht wieder ver-
„ehelicht; oder so lange sie keine zweite Ehe
„schließt."

Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Anordnung der Sache nach völlig identisch ist mit der unmittelbar vorher (unter 2) erwähnten, wo der Erblasser seiner Witwe ebenfalls ein jährliches Legat von 2000 fl. mit dem Beisatze hinterließ, daß sie diesen Genuß verlieren solle, wenn sie sich wieder verehelicht. Hier wie dort tritt die Gattin alsogleich nach dem Tode des Erblassers in den Genuß des ihr zugewendeten Vermächtnisses, und verliert denselben nur dann, wenn sie eine neue Ehe schließt (§. 708 des allg. b. G. B.). Hier wie dort ist die Wirksamkeit des Vermächtnisses und folglich das Interesse der Legatarin an den Nichteintritt; — das Wegfallen oder Erlöschen des Legates aber, und folglich das Interesse des Erben oder Substituten an den Eintritt eines und desselben Ereignisses (der Wiederverehelichung der Legatarin nämlich) gebunden. Kurz beide Anordnungen des Erblassers sind nur dem Scheine, nicht der Sache nach verschieden; beide setzen die betheiligten Parteien genau in dasselbe rechtliche Verhältniß, und es läßt sich durchaus kein Grund ersinnen, warum bei dieser durchgängigen Gleichheit der Fälle gerade rücksichtlich der Last des Beweises über den Eintritt oder Nichteintritt der die Bedingung constituirenden Ereignung entgegengesetzte Grundsätze Anwendung finden sollten.

Wenn also auch in dem zuletzt gesetzten Falle die Legatarin eine fällige Jahresrate einklagt, und der Erbe behauptet, sie hätte inzwischen eine zweite Ehe geschlossen, die vom Erblasser beigefügte verneinend aufschiebende Bedingung sey also nicht eingetreten, was die Klägerin nicht zugeben will:

so hängt gerade wie in dem unmittelbar vorher behandelten Falle die Giltigkeit des Klageanspruches von dem Nichteintritte, die Befreiung des Geklagten aber von dem Eintritte der Wiederverehelichung ab; und man ist genöthigt, auch hier dem Geklagten über die Erfüllung der positiven Bedingung seiner Befreiung den Vorbeweis aufzulegen. Auch hier sieht man die Wiederverehelichung der Legatarin als eine die Entstehung oder Wirksamkeit des Klagerechtes hindernde Thatsache an, welche der geklagte Erbe als seine Einwendung zu beweisen hat; und der Klägerin wird ein Vorbeweis über den von ihr vertheidigten verneinenden Satz, über ihren fortdauernden Witwenstand, in keiner Weise abverlangt werden können.

Diese Vertheilung der Beweislast wird sich jedesmal des allgemeinsten Beifalls erfreuen, wenn es sich um die Erfüllung einer rein gesetzten, verneinend aufschiebenden Bedingung handelt. Wie wunderlich also, daß man hievon abzugehen und den Beweis der Negative vom Kläger zu verlangen sich für berechtigt hält, wenn

β) die Erfüllung einer solchen verneinend aufschiebenden Bedingung in Frage ist, welcher durch Willkühr der Parteien eine Zeitbestimmung oder Nebenbedingung angehängt wurde.

Die Lehrer des gemeinen Rechtes hatten bei dieser Abweichung einen Anhaltspunkt in dem bereits früher erwähnten Ausspruche des Pomponius, durch welchen nach der gemeinen Meinung dem Kläger der Beweis der Negative aufgelegt werden soll. Eine unbefangene Würdigung dieser Stelle dürfte die Überzeugung gewähren, daß man bei der Auslegung derselben gewöhnlich etwas voreilig zu Werke ge-

gangen sey *). Aber gesetzt auch, Pomponius hätte in demselben Sinne entscheiden wollen, welchen man ihm nach

---

*) Das Fr. 10 Dig. De verb. obligat. (45, 1) lautet so: Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione: si Lucius Titius ante calendas majas in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante peti quicquam possit, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse. — Es fällt von selbst auf, daß Pomponius den ganz speciellen Fall vor Augen hatte, wenn der Promissar die Erfüllung des Versprechens noch vor dem ersten Mai begehrt. Unter dieser Voraussetzung hängt die Entscheidung des Rechtsstreites offenbar von zwei Fragepunkten ab. Erstens ob L. Titius nicht etwa bis jetzt schon zurückgekehrt sey? und zweitens, ob er nicht noch bis zum 1. Mai zurückkehren könne? So lange das Letztere möglich ist, kann der Promissar auf die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht dringen; und wenn er Zahlung haben will, so muß er allerdings die Unmöglichkeit der Zurückkunft, mithin den Tod des Titius, oder überhaupt solche Ereignungen beweisen, welche machen, daß Titius vor jenem Tage nach Italien nicht zurückkommen könne (ante eam diem in Italiam venire Titium non posse). Dieser Beweis wird schwerlich eine Negative (im eigentlichen Sinne) zum Gegenstande haben. — Ob aber der Promissar auch die wahre Negative beweisen müsse, daß Titius bisher nicht zurückgekehrt sey, ist eine ganz andere Frage, welche in unserer Stelle keineswegs entschieden wird. Denn Pomponius hat sich überhaupt gar nicht in die Vertheilung der Beweislast eingelassen; er beschränkt sich darauf, anzugeben, daß sich der Richter über die beiden erwähnten Momente in der geschichtlichen Grundlage des Processes von den Parteien Aufklärung verschaffen

unserer Überzeugung irrig unterschiebt, so würde dieß natürlicher Weise nur auf dem Standpunkte des römischen Rechtes zur Rechtfertigung dienen. Uns gilt ein Ausspruch des Pomponius nicht mehr noch weniger als die Meinung eines Einzelnen, deren Richtigkeit zu prüfen die vollste Freiheit bleibt. Und dieser Freiheit uns bedienend fragen wir demnach: ob es denn wirklich in der Natur der Sache gegründet und mit unserer allgemeinen Vorstellungsweise harmonirend sey, den Kläger zum Beweise über die Erfüllung einer negativ aufschiebenden Bedingung anzuhalten, wenn eine Zeitbestimmung beigerückt ist? — Wer den einzelnen Fall ohne Rücksicht auf andere zunächst ähnliche Fälle entscheiden will, der kann hier freilich durch einen falschen Schein verleitet werden, den Beweis der Negative zu verlangen. Nimmt man sich aber die geringe Mühe, auf die Entscheidungen zurückzusehen, welche wir in den unmittelbar vorher behandelten Fällen machen mußten, so gewinnt die Sache ein ganz anderes Ansehen. — Man denke sich z. B., ein Erblasser hätte zu Gunsten seiner Ehegattin nachfolgende Anordnung gemacht:

„Meine Gattin soll nach Ablauf eines Jah-
„res 2000 fl. erhalten, wenn sie sich bis dahin
„nicht wieder verehelicht hat."

Hier haben wir eine aufschiebend verneinende Bedingung, welche durch eine beigefügte Zeitbestimmung modificirt

---

müsse (non ante peti quicquam possit, quam exploratum sit); ohne zu bestimmen, welche von den beiden Parteien diese Aufklärung bei sonstigem Rechtsnachtheil zu liefern verpflichtet sey.

ist, gerade so wie es das **Fr. 10 Dig. De verb. oblig.** voraussetzt. Werden wir aber die Legatarin, wenn sie nach Ablauf der bestimmten Zeit auf die Bezahlung des Legates klagt, zum Beweise anhalten können, daß sie noch Witwe sey, daß sie sich inzwischen nicht verehelicht habe? Werden wir uns diese Entscheidung erlauben dürfen, ohne in einen handgreiflichen Widerspruch mit der Entscheidung zu gerathen, welche wir in dem zunächst vorher (unter 3. $\alpha$.) behandelten Falle geben mußten, wo der Erblasser seiner Gattin jährlich 2000 fl. unter der Bedingung der Nichtwiederverehelichung zuwendete? Ich glaube kaum. Denn Jedermann sieht gleich auf den ersten Blick, daß sich die klagende Vermächtnißnehmerin nun genau in derselben rechtlichen Stellung befindet, in welcher sie sich dort befand, so oft sie eine fällige Jahresrate einzutreiben bemüssigt war, nur daß das Verhältniß, welches dort alle Jahre wiederkehren konnte, hier ein einziges Mal eintrifft. Das Recht der Legatarin ist nämlich durch den beigefügten Zeitpunkt auf ein Jahr hinausgeschoben, genau so wie es dort von Jahr zu Jahr hinausgeschoben war. Bis dahin existirt es als eventuelles Recht, und muß auf Verlangen sichergestellt werden. Es kann dadurch erlöschen, daß die Legatarin binnen Jahresfrist eine zweite Ehe schließt, gerade so wie in dem früheren Falle das Recht auf jede einzelne und auf alle künftigen Jahresraten durch die inzwischen erfolgte Wiederverehelichung erlöschen konnte. Dieses Ereigniß erscheint daher hier wie dort als eine das Recht der Legatarin zerstörende Thatsache; und die Berufung auf dieselbe muß als eine dem geklagten Erben zu Statten kommende Einwendung betrachtet werden, welche dieser zu beweisen hat.

In allen bisher betrachteten Fällen, wo in den Anführungen der Parteien ein bejahender und verneinender Satz als positive und negative Bedingung der beiderseitigen Ansprüche gegenüber standen, haben wir uns genöthigt gesehen, den Kläger von dem Beweise des seinen Klageanspruch bedingenden Non-Factums freizusprechen, und den Geklagten zum Beweise desjenigen Factums anzuhalten, von welchem seine Befreiung abhängt. Überall hatte sich der Geklagte auf den Eintritt einer Ereignung, nämlich auf die erfolgte Eingehung einer Ehe berufen, und dieses Factum mußte überall als eine das Recht der Gegenpartei hindernde oder zerstörende Thatsache, und die Anführung derselben als eine den Geklagten zum Beweise verpflichtende Einwendung angesehen werden. Der klagende Streittheil hatte zwar überall den Nichteintritt derselben Ereignung behauptet, und sein Klagerecht hing ohne Ausnahme von der Bedingung ab, daß eine Ehe nicht geschlossen worden. Allein dessenungeachtet durften wir nirgends dieses Non-Factum als eine zum Grunde der Klage gehörige rechtserzeugende Thatsache betrachten, oder denjenigen, der sich auf den Abgang des sein Recht hindernden oder zerstörenden Ereignisses berief, zum Vorbeweise verhalten.

Dieser natürlichen Ansicht der Sache werden wir also auch dann folgen müssen, wenn ein Recht durch Willkühr der Parteien

4) von einer verneinend auflösenden Bedingung abhängig gemacht wurde. — Ich setze, ein Erblasser, welcher nur weibliche Descendenten hinterläßt, und den Wunsch hegt, daß sein Familienname durch einen jüngeren Bruder fortgepflanzt werden möchte, habe folgende letztwillige Anordnung gemacht:

„Mein Bruder soll die Herrschaft N. erhal-„ten; er soll jedoch dieselbe nach zehn Jahren „an meine Töchter zurückstellen, wenn er sich „bis dahin nicht verehelicht hat.“

Wenn nun nach Ablauf der zehnjährigen Frist die Töchter des Erblassers auf die Zurückstellung der Herrschaft aus dem Grunde klagen, weil der Legatar die von dem Erblasser gewünschte Ehe nicht geschlossen habe, so hängt zwar das Zurückforderungsrecht der Klägerinnen von der negativen Bedingung ab, daß der Oheim sich nicht verehelichet habe. Aber dieses Non-Factum, worauf sich die Klage fußt, können wir im Zusammenhange mit dem früher bemerkten unmöglich als eine rechtserzeugende Thatsache gelten lassen, welche die Töchter beweisen müßten; vielmehr wird es dem belangten Legatar obliegen, darzuthun, daß er dem Willen des Testators genügt habe, und daß mit der nach dem Wunsche desselben geschlossenen Ehe jenes Factum eingetreten sey, wodurch das Rückforderungsrecht der Klägerinnen zerstört wurde.

So bestätigt sich durch eine besonnene und vergleichende Zusammenstellung des Zusammengehörigen die Eingangs gemachte Bemerkung, daß ein Non-Factum, wenn es gleich durch Willkühr der Parteien als (negative) Bedingung der Entstehung oder Wirksamkeit eines Rechtsanspruches gesetzt wurde, nimmermehr als rechtserzeugende Thatsache betrachtet werden dürfe, indem wir in allen diesen Fällen durch die natürliche Ansicht der Dinge genöthigt werden, vielmehr das entgegenstehende Factum als eine rechtshindernde oder rechtszerstörende Thatsache anzusehen. Die Praxis enthebt beinahe durchgehends den

Kläger von dem Beweise solcher negativer Bedingungen, womit sie zwar unbewußt der richtigen Ansicht über das obwaltende Verhältniß huldigt, hingegen in jenen seltenen Fällen, wo sie ausnahmsweise geneigt ist, eine **probatio negativae** zu fordern, mit sich selbst in einen handgreiflichen Widerspruch verfällt.

## §. 18.

**b) Der Beweis einer Negative kann auch dann nicht gefordert werden, wenn dieselbe die Entstehung des Rechtes nach der Natur der Sache oder nach Anordnung des Gesetzes bedingt.**

b) Das Klagerecht kann auch schon nach der Natur der Sache oder nach Anordnung positiver Gesetze durch den Nichteintritt einer Ereignung bedingt seyn.

In Berücksichtigung des Vorausgegangenen dürfte es nicht schwer seyn, schon vorläufig das Zugeständniß zu erhalten, daß es nicht angehe, dergleichen als negative Bedingungen geltende Non-Facta unter dem Titel rechtserzeugender Thatsachen zum Grunde der Klage zu rechnen, und den Beweis derselben vom Kläger zu verlangen. Wie zuversichtlich auch unsere Gegner die Regel aussprechen mögen: Kläger habe jede Bedingung des Klagerechtes, mit Einschluß der negativen zu beweisen, — ein Blick auf die Praxis genügt, die Überzeugung zu verschaffen, daß selbst die eifrigsten Vertheidiger dieser Regel in Wirklichkeit dem entgegengesetzten Grundsatze folgen. Wir begnügen uns, zur Bewährung dieser Behauptung eine kleine Reihe von solchen Beispielen anzuführen, welche ganz nahe liegen, und bei denen die Frage von

der Vertheilung der Beweislast durchaus keinem Zweifel unterliegt.

1. Das Recht desjenigen, welcher die Zuerkennung des Eigenthums aus dem Grunde der Ersitzung ansucht *), hängt von dem Umstande ab, daß die Ersitzung durch eine von dem Berechtigten angestellte und gehörig fortgesetzte Klage nicht unterbrochen wurde **). Den Nichteintritt dieser Ereignung hat der Gesetzgeber zu einer negativen Bedingung dieser Rechtserwerbung gemacht; es ist ein Non-Factum, ohne welches das Eigenthum durch Ersitzung gar nicht erworben werden kann, und welches unsere Gegner, wenn sie folgerichtig vorgehen wollten, unter die Kategorie der rechtserzeugenden Thatsachen werfen müßten, deren Beweis denjenigen trifft, der sich darauf beruft. Was würde man aber in der Praxis von einem Richter sagen, welcher in dem vorausgesetzten Falle von dem Kläger den Beweis verlangte, daß sein Gegner während der Ersitzungszeit keine Klage angestellt und gehörig fortgesetzt habe? — Allenthalben betrachtet man die Anstellung einer solchen Klage durch den bisherigen Eigenthümer als eine Ereignung, welche die Ersitzung unterbricht, mithin als eine rechtshindernde Thatsache, welche eine eigentliche Einwendung des bisherigen Eigenthümers bildet und von ihm bewiesen werden muß.

2. Auch derjenige, welcher nach dem Verlaufe der Verjährungszeit die Löschung einer in den öffentlichen Büchern eingetragenen Verbindlichkeit mittelst einer Klage begehrt ***), stützt seinen Anspruch auf die Behauptung, daß

*) §. 1498 a. b. G. B.

**) §. 1497 a. b. G. B.

***) §. 1499 a. b. G. B.

das in Frage stehende Recht binnen der vom Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden sey. Das Recht auf Löschung der Verbindlichkeit, welches er geltend machen will, scheint geradezu aus den Nichtausübung zu entstehen *), und diese müßte also im Sinne unserer Gegner als eine rechtserzeugende Thatsache angesehen werden, deren Beweis der Löschungswerber zu übernehmen hätte. — Allein die ganze juridische Welt ist darüber einverstanden, daß der Verjährende zum Beweise über die Nichtausübung des Rechtes niemals angehalten werden dürfe. Vielmehr betrachtet man allenthalben die Ausübung des Rechtes während der gesetzlichen Verjährungszeit als eine Unterbrechung der Verjährung, mithin als eine rechtshindernde Thatsache, welche in dem Falle, da auf Löschung der Verbindlichkeit gedrungen wird, eine eigentliche Einwendung des Geklagten ausmacht, und von ihm bewiesen werden muß.

3. Der Bürge kann nach österreichischem Rechte in der Regel erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat **). Die eigentliche rechtserzeugende Thatsache, auf welche die gegen den Bürgen anzustrengende Klage gestützt wird, ist allerdings die Abschließung des Bürgschaftsvertrages. Damit aber das für den Gläubiger hieraus entstehende Recht wirksam werde, ist die Erfüllung zweier wesentlicher Bedingungen, einer positiven und einer negativen, erforderlich: Erstens, daß die Einmahnung des Hauptschuldners geschehen, und

*) §. **1478** a. b. G. B.
**) §. **1355** a. b. G. B.

Zweitens, daß von diesem eine Zahlung nicht geleistet worden sey. Wenn man den gangbaren Doctrinen Gehör gibt, so sollte man nichts Anderes erwarten, als daß von dem Kläger der Beweis über die Erfüllung beider Bedingungen gefordert würde, weil er auf die Eine eben so gut als auf die Andere seinen Anspruch stützt. — Sieht man aber auf die Entscheidungen der Practiker, wie sie täglich in den Gerichten vorkommen, so zeigt sich, daß der Gläubiger zur Begründung seiner Klage gegen den Bürgen wohl die geschehene Einmahnung, mithin die positive Bedingung zu beweisen angehalten wird. Aber Niemand läßt sich beifallen, von dem Gläubiger einen Beweis über die Erfüllung der negativen Bedingung seines Klagerechtes, — über den Umstand, daß der Hauptschuldner noch nicht gezahlt habe, — zu verlangen.

4. Auf völlig gleiche Weise ist der Fall zu beurtheilen, wo der Bestandgeber noch vor Verlauf der Bestandzeit die Aufhebung des Vertrages aus dem Grunde fordert, weil der Bestandnehmer mit der Bezahlung des Zinses nach geschehener Einmahnung dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termines den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat*). Hier scheint sogar das Klagerecht aus der Nichterfüllung der Contractsverbindlichkeiten zu entstehen; und dennoch fordert man allgemein von dem Kläger nur den Beweis über die geschehene Einmahnung, keineswegs aber auch über den Umstand, daß selbe erfolglos geblieben sey.

5. Der Legatar, welcher auf die Berichtigung des Vermächtnisses klagt, braucht anerkanntermaßen nur die in

---

*) §. 1118 a. b. G. B.

dem letzten Willen des Erblassers enthaltene Anordnung des Legates zu beweisen, welche eigentlich die sein Recht erzeugende Thatsache ist. Die Entstehung und Existenz dieses Rechtes hängt zwar wesentlich auch von dem Umstande ab, daß das Legat von dem Erblasser später nicht widerrufen wurde. Allein dieses Non-Factum ist keineswegs eine dem Vermächtnißnehmer zur Seite stehende rechtserzeugende Thatsache, und verpflichtet denselben auch nicht zum Beweise. — Vielmehr wird die ademtio legati allgemein als ein Hinderniß betrachtet, welches macht, daß der präsumtive Anspruch des vermeintlichen Vermächtnißnehmers gar nicht entstehen konnte; als eine rechtshindernde Thatsache, deren Behauptung eine Einwendung des geklagten Erben bildet, und von diesem bewiesen werden muß *).

6. Der Intestaterbe, welcher die Erbschaftsklage anstellt, hat als den Grund seiner Klage, als die ihm zur Seite stehende rechtserzeugende Thatsache, nur seine Verwandtschaft mit dem Erblasser auszuweisen, keineswegs aber auch den Umstand, daß nähere Verwandte nicht existiren; obgleich sich nicht verkennen läßt, daß von diesem Non-Factum der Erfolg seiner Klage wesentlich abhängt. Denn die Existenz eines näheren Verwandten ist ein Factum, welches dem

---

*) Fr. 22. Dig. De probat. (22. 3.) Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere. — Gleichen Inhaltes sind: Fr. 22. Dig. De legatis 2. und Fr. 11. §. 12. Dig. De legatis 3. — Vergl. auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 358; — dann: Kori: Über die Regel: affirmanti incumbit probatio, vornehmlich als Widerlegung der Weber'schen Regel. Im Archiv f. civ. Praxis VIII. Band Stück III.

Intestaterbrechte des Klägers als Hinderniß entgegensteht. Aber eben deßhalb wird in unserem Falle die Behauptung, daß ein näherer Verwandter vorhanden sey, als eine Einwendung des Geklagten betrachtet, welche dieser auch beweisen muß.

7. Dem Ehemanne, welcher die Ungiltigerklärung der Ehe wegen Schwangerschaft der Braut von einem Andern verlangt, muß nach unseren Gesetzen zur Zeit, als er die Ehe schloß, dieser Umstand nicht bekannt gewesen seyn; denn der §. 58 des allg. b. G. B. verlangt, daß er seine Gattin nach der Ehelichung bereits von einem Andern geschwängert finde. — Nach dem Josephinischen Gesetzbuche *) hatte der Ehemann darzuthun, daß er vorher keine Wissenschaft von der Schwangerschaft seiner Gemahlin gehabt habe. Das neue bürgerliche Gesetzbuch schweigt von dieser Verbindlichkeit des Ehemannes, einen in den meisten Fällen gewiß höchst beschwerlichen Beweis der Negative zu führen **). Es tritt also jetzt, wie Herr Hofrath Dolliner ***) bemerkt, wieder der natürliche Grundsatz in seine Kraft, daß derjenige, der das Factum der Wissenschaft des Ehemannes für sich anführt, den Beweis davon übernehmen müsse †). Dem Kläger darf

---

*) I. Theil III. Hauptst. §. 30.

**) Ebenso das gal. Gesetzbuch I. Thl. §. 66.

***) S. dessen: Ausführliche Erläuterung des zweiten Hauptstückes des a. b. G. B. Wien 1835. I. Band S. 157. — Herr App. Rath Nippel in s. Erläuterung des a. b. G. B. zum §. 58 stimmt überein.

†) Daß das Erlangen der Wissenschaft von einem Ereignisse oder von einem gewissen Zustande wirklich ein Factum im eigentlichen Sinne sey, wird man uns zugeben. (S. oben §. 5.)

der Beweis von seinem Nichtwissen nicht aufgebürdet werden, obgleich der Umstand, daß ihm die Schwangerschaft nicht bekannt geworden, eine (negative) Bedingung seines Klagerechtes ist.

8. Überhaupt ist die Befugniß des in seinen Rechten gekränkten Ehetheils, die Ungiltigerklärung des Ehevertrages zu verlangen, an die Bedingung gebunden, daß der Verletzte entweder kein Bewußtseyn des Privathindernisses hatte, mit welchem er die Ehe schloß, oder doch, wenn er es wußte, durch Schließung der Ehe keine widerrechtliche Handlung beging *). Muß er aber diese **non facta**, welche die negativen Bedingungen seines Bestreitungsrechtes sind, als den Grund seiner Klage, als die ihm zur Seite stehende rechtserzeugenden Thatsachen beweisen? — Gewiß eben so wenig, als der gekränkte Ehegatte im Falle des §. 58 zu beweisen nöthig hat, daß er von der Schwangerschaft seiner Braut nichts gewußt habe; eben so wenig, als der gekränkte Ehegatte überhaupt einen Beweis liefern muß, daß er nach etwa erlangter Kenntniß des Hindernisses die Ehe nicht fortgesetzt habe. — Wenn der die Ehe bestreitende Theil noch vor Abschließung derselben von dem obwaltenden Hindernisse Kenntniß erhielt, wenn er sich einer schuldbaren Handlung vermessen, oder nach erlangter Kenntniß des Hindernisses die Ehe fortgesetzt hatte, so sind dieß lauter Thatsachen, welche entweder die Entstehung des Bestreitungsrechtes verhinderten, oder

---

*) §. **96** des a. b. G. B. „Überhaupt hat nur der schuldlose „Theil das Recht zu verlangen, daß der Ehevertrag ungil„tig erklärt werde." — Vergl. Dolliner's Ausführliche Erläuterung des **II**. Hauptstückes des allg. b. G. B. **3**. Bd. S. **224**.

das schon entstandene **zerstörten**; und wenn der andere Theil das Vorhandenseyn solcher Umstände behauptet, so muß er sie als seine **Einwendungen** beweisen.

Der Kenner unsers bürgerlichen Rechtes wird ohne Mühe noch eine Menge ähnlicher Fälle auffinden, in welchen der Kläger sich auf den Nichteintritt einer Ereignung als die unerläßliche Bedingung seines Klagerechtes berufen muß; ohne daß man ihn deßhalb in der Praxis zu einem Beweise über die ihm zur Seite stehende Negative anzuhalten gedächte. — Das Wenige, was wir hier angeführt haben, dürfte hinreichend seyn, es klar zu machen, was davon zu halten sey, wenn unsere Gegner den Grundsatz aufstellen wollen: der Kläger müsse alle sowohl positiven als negativen Bedingungen seines Klagerechtes beweisen. — Auch das scheint schon jetzt ausgemacht, daß wir unter dem Begriffe **rechtserzeugender Thatsachen** immer nur **facta** im **eigentlichen Sinne** verstehen können, und daß also die Regel: Kläger habe nur die ihm zur Seite stehenden rechtserzeugenden Thatsachen zu beweisen, recht verstanden nichts Anderes sagen wollen, als es liege ihm der Beweis aller jener **bejahenden** Behauptungen ob, auf welche sich sein Anspruch gründet: **Affirmanti incumbit probatio.** — Doch dieß wird noch bestimmter hervortreten, wenn wir erst die **rechtshindernden** und **rechtszerstörenden Thatsachen** näher ins Auge gefaßt haben, von welchen man nicht mit Unrecht behauptet, daß sie der Geklagte als seine Einwendungen beweisen müsse.

## §. 19.

**B. Rechtshindernde Thatsachen können ebenfalls nur Facta im eigentlichen Sinne seyn. — Zweierlei Arten von Rechtshindernissen.**

B. Der Begriff eines *Hindernisses* ist ursprünglich von der Betrachtung physischer Verhältnisse abgezogen, und bedeutet eine Kraft, welche die Wirksamkeit einer anderen, in entgegengesetzter Richtung fortschreitenden Kraft aufhebt *). Soll diese Vorstellung auf die nicht sinnliche Welt übertragen, und insbesondere bei der Beurtheilung von Rechtsverhältnissen angewendet werden, so darf man daran gar nichts ändern, außer daß man an die Stelle jener physischen Kräfte Thatsachen setzt, welche nach unseren rechtlichen Ideen für und gegen die Entstehung oder Zerstörung der Rechte in entgegengesetzten Richtungen wirksam sind. Es wird also auch von einem Hindernisse der Rechtsentstehung nur in so fern die Rede seyn können, als man zugleich eine andere Thatsache als wirklich denkt, welche ohne das inzwischen kommende Hinderniß ein Recht erzeugt haben würde. Mit andern Worten: *Jede rechtshindernde Thatsache setzt ihrem Begriffe nach das Vorhandenseyn einer rechtserzeugenden Thatsache voraus.*

Daher geht es vorerst gewiß nicht an, den gänzlichen Mangel der zur Erzeugung des Rechtes erforderlichen positiven Bedingungen als eine rechtshindernde Thatsache zu bezeichnen. Dieß wäre ungefähr eben so unrichtig gesprochen, als wenn man den Um-

*) *Krug*: Metaphysik §. 68 Anmerkung.

stand, daß gar keine Kraft angewendet wurde, um einen Körper in Bewegung zu setzen, ein Hinderniß der Bewegung nennen wollte *). Dieser Name ist nämlich nur dann am Platze, wenn bereits eine auf die Erzeugung der Bewegung abzielende Kraft thätig geworden ist. Übrigens kann die Reaction begreiflicher Weise nicht nur gegen die bereits begonnene Bewegung, sondern auch unmittelbar gegen die bewegende Kraft Statt finden. Wenn der Lauf einer Kugel durch die Kraft eines in entgegengesetzter Richtung fortgestoßenen Körpers aufgehalten wird, so ist dieß ein wahres Hinderniß der Bewegung. Aber auch dann, wenn die Macht des Stoßes, durch welchen jene Kugel bewegt werden sollte, noch vor erfolgter Wirkung durch einen Widerstand aufgehoben wurde, kann man dieses Hinderniß der bewegenden Kraft, ein Hinderniß der (künftigen) Bewegung der Kugel nennen. Auf dieselbe Weise unterscheidet man denn auch in der Rechtssphäre:

a) solche Hindernisse, welche die bereits begonnene Rechtswirkung unterbrechen, und

b) solche, welche die Wirksamkeit der rechtserzeugenden Thatsachen noch vor dem Beginne jeder Rechtswirkung zerstören.

---

*) Man denke sich z. B. A habe nie daran gedacht, die B zu heirathen, denn er kennt sie gar nicht, und weiß nicht einmal, daß sie existirt. Die B ist eben so weit entfernt von dem Gedanken an eine ähnliche Verbindung mit A. Diese beiden Personen haben also natürlich auch gar keine Anstalt getroffen, um mit einander einen Ehevertrag abzuschließen. Wem würde es wohl beifallen, den gänzlichen Abgang aller zur Abschließung eines solchen Vertrages gehörigen Thatsachen als ein zwischen dem A und der B bestehendes Ehehinderniß bezeichnen zu wollen?

a) Von der ersten Classe von Rechtshindernissen haben wir in den beiden vorhergehenden Paragraphen eine nicht unbedeutende Anzahl kennen gelernt. Ein Rückblick auf die dort behandelten Fälle zeigt, daß sich uns überall nur facta im eigentlichen Sinne als rechtshindernde Thatsachen dargestellt haben. Dieß ist um so natürlicher, da wir uns sowohl die Erzeugung eines Rechtes als die Zerstörung einer bereits in der Entwicklung begriffenen Rechtswirkung nur als von einem Wirklichen ausgehend vorstellen können; der bloße Nichteintritt einer Ereignung aber ein Nichts, ein bloßes Gedankending ist, und weder hervorbringend, noch vernichtend zu wirken vermag. Dieß ist auch der einzige Grund, der uns bei der Beurtheilung jener Fälle durchgehends zu der Erkenntniß nöthigte, daß nicht die Non-Facta, auf welche der Kläger sich berief, als rechtserzeugende, sondern die entgegenstehenden, vom Geklagten angeführten Facta als rechtshindernde (oder rechtszerstörende) Thatsachen betrachtet werden müssen.

In den meisten dieser Fälle fanden wir diese Ansicht über allen Zweifel erhaben, durch die Terminologie der Gesetze und durch die einstimmigen Entscheidungen der Practiker über die Beweislast glänzend bestätigt. — So wird beispielsweise, wenn es sich um die Ersitzung handelt, die Anstellung einer Klage von Seite des bisherigen Eigenthümers allgemein als ein Hinderniß der Ersitzung angesehen. Denn mit dem rechtmäßig, redlich und echt erworbenen Besitze sind alle Momente gegeben, aus welchen für den Ersitzenden im Laufe der von dem Gesetze bestimmten Zeit das zu ersitzende Recht entsteht; wenn diese Rechtsfolge nicht durch ein störendes Ereigniß gehemmt wird. Ein solches Ereigniß ist unter andern auch die von dem bisherigen Eigenthümer angestellte Klage. Sie hebt die bereits begonnene Wirkung des Besitzes auf,

und ist also ein Rechtshinderniß in dem hier angegebenen Sinne. Niemand denkt auch nur entfernt daran, den Umstand, daß keine solche Klage angestellt wurde, als eine dem Ersitzenden zur Seite stehende (rechtserzeugende) Thatsache betrachten zu wollen.

In anderen Fällen zwar schien dieses Verhältniß nicht so klar. So fanden wir insbesondere in dem Falle, da ein Vermächtniß unter einer aufschiebend verneinenden Bedingung mit Beifügung eines Zeitpunktes hinterlassen wurde, den größeren Theil des juridischen Publicums geneigt, den Nichteintritt der die Bedingung ausmachenden Ereignung als rechtserzeugende Thatsache zu betrachten, welche der Legatar zu beweisen hätte. (§. 17. 3. β.) Allein diese Vorstellung ist durchaus unpassend. Denn die rechtserzeugende Thatsache, durch welche der Anspruch des Vermächtnißnehmers wesentlich begründet wird, ist doch nur die letztwillige Anordnung. Diese äußert auch ihre Wirksamkeit alsogleich bei dem Tode des Erblassers, und zwar wegen des beigerückten Zeitpunktes in der Art, daß das Recht des Legatars erst nach Ablauf der bestimmten Frist seine Vollkraft erlangt. Diese Vollendung des Rechtes kann unter andern auch durch jene Ereignung gehindert werden, deren Nichteintritt der Erblasser zur Bedingung setzte; und der Eintritt dieser Ereignung muß also nothwendig als Hinderniß der Rechtsentstehung betrachtet werden.

Daß dieß die einzig wahre Ansicht der Sache sey, ist oben (§. 17.) durch die Zusammenhaltung mit den zunächst ähnlichen Fällen aus der Materie der Bedingungen zu zeigen versucht worden. Jetzt bietet sich Gelegenheit dar, eine andere Vergleichung anzustellen, welche die Richtigkeit unserer Vorstellungsweise vielleicht noch eindringlicher bestätigt. Ich meine die Vergleichung dieses Falles, wo es sich um die Erfüllung

einer negativ aufschiebenden Bedingung handelt, mit dem eben erwähnten Falle der Unterbrechung der Ersitzung; zwei Fälle, welche obenhin betrachtet sehr weit von einander zu liegen scheinen, während sie doch in Betreff des in Frage stehenden Punktes die vollkommenste Ähnlichkeit haben. — Wenn nämlich der §. 1497 des a. b. G. B. anordnet, daß die von dem Berechtigten angestellte und gehörig fortgesetzte Klage die Ersitzung unterbrechen solle, so ist hiermit der Wesenheit nach nichts Anderes, als eine negative Bedingung der Ersitzung gesetzt. Der Gesetzgeber hätte seinen Willen statt in der im §. 1497 gewählten Manier mit völlig gleicher Wirkung auch dadurch ausdrücken können, wenn er angeordnet hätte: zur Ersitzung werde nebst dem gehörig qualificirten Besitze und dem Verlaufe der gesetzlichen Zeit auch die Erfüllung der Bedingung erfordert, daß der Besitz nicht durch eine ordentlich fortgesetzte Klage des Berechtigten unterbrochen worden sey. — Dagegen hätte auch der Erblasser seine negativ aufschiebende Bedingung eben so gut in der Manier des §. 1497 ausdrücken können, wenn er gesagt hätte, daß die Erwerbung des Legates, welche gerade so wie die Ersitzung an den Ablauf einer bestimmten Zeit gebunden ist, durch ein während dieser Zeit erfolgendes Ereigniß, z. B. durch die Verehelichung des Vermächtnißnehmers, unterbrochen oder gehindert werden solle. — Die Verhältnisse sind ganz dieselben. Wie bei der Ersitzung in dem fehlerfreien Besitze, so sind bei der Erwerbung des Legates mit der letztwilligen Anordnung und dem Tode des Erblassers die Momente gegeben, aus welchen, wenn denselben durch die gesetzlich oder testamentarisch bestimmte Zeit ungestört fortzuwirken gegönnt ist, das Recht des Ersitzenden und des Vermächtnißnehmers erwächst. In beiden Fällen kann die natürliche Wirksamkeit der rechtserzeugenden Thatsachen durch den

Eintritt einer Ereignung gehemmt werden; dort durch die Anstellung einer Klage; hier durch die Eingehung einer Ehe. — Wie sollte sich's nun rechtfertigen lassen, wenn man die Erstere, nicht aber auch die Letztere dieser Ereignungen als ein Hinderniß der Rechtserzeugung bezeichnen, und nun gar in Folge dieser willkürlichen Bezeichnung auch eine Verschiedenheit in der Vertheilung der Beweislast eintreten lassen will?

Wenn schon die Frage: wer hat zu beweisen, mit Rücksicht auf den Begriff rechtshindernder Thatsachen beantwortet werden, und wenn dieß nicht auf ein unverzeihliches Spiel mit leeren Worten hinausführen soll, so muß jener Begriff scharf bestimmt, und insbesondere dahin beschränkt werden, daß man darunter immer nur **Facta im eigentlichen Sinne** zu verstehen habe.

b) Diese Einschränkung auf **facta** im eigentlichen Sinne muß auch bei der zweiten Klasse von Rechtshindernissen geschehen, welche die Wirksamkeit der rechtserzeugenden Thatsachen noch vor dem Beginne jeder Rechtswirkung zerstören. Hierher gehört beispielsweise das spätere Testament, wodurch ein früher errichteter Wille aufgehoben wird. Denn offenbar muß man das spätere Testament als ein Hinderniß ansehen, welches die Entstehung des Erbrechtes für den im früheren Testamente berufenen Erben zerstört. Wer seinen Erbsanspruch auf einen letzten Willen gründet, ist deßhalb keineswegs zu dem Beweise verpflichtet, daß der Erblasser seinen Willen nachträglich nicht geändert habe. Dieses Non-Factum ist keine ihm zur Seite stehende rechtserzeugende Thatsache, gehört nicht zum Grunde seiner Klage, und er kann ruhig abwarten, ob sein Gegner die Existenz eines späteren Testamentes als rechtshindernde Thatsache werde erweisen können.

In diesem und in vielen ähnlichen Fällen stellt sich der Begriff des Hindernisses ganz klar als Factum im eigentlichen Sinne dar. Eine Verwirrung ist nur dadurch angerichtet worden, daß man ziemlich allgemein alles dasjenige, was zu den Einwendungen gegen die Giltigkeit eines Geschäftes gerechnet wird, ohne weiters als Rechtshindernisse der zweiten Klasse wollte gelten lassen, obgleich sich dieselben manchmal auf Non-Facta gründen; wie z. B. die sogenannte Einwendung des Mangels wirklicher Einwilligung. Hiezu glaubte man um so mehr berechtigt zu seyn, da auch unsere Gesetze den Mangel der zur Giltigkeit eines Geschäftes vorgeschriebenen Erfordernisse nicht selten ausdrücklich als gesetzliche Hindernisse bezeichnen *); und unsere Gegner haben es nicht an Versuchen fehlen lassen, diese unpassende Terminologie von dem Standpunkte der Philosophie des Beweises zu rechtfertigen.

„Zur Begründung eines Rechtes" — sagen sie — „genüge der Beweis der wesentlichen Bedingungen desselben, welche regelmäßig jene Entstehung bewirken. Hingegen die allgemeinen Bedingungen aller Rechte, die Abwesenheit aller der Hindernisse, die möglicherweise der Begründung des Rechtes in den Weg treten können, brauche der Berechtigte nicht darzuthun, da er die Regel für sich habe. Behaupte der Gegner solche Hindernisse, so liege ihm der Beweis ob, weil er sich auf eine Ausnahme von der Regel berufe;" u. s. w. **). — Hier-

*) §. 47 des a. b. G. B.

**) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 336, und Weber a. a. O. S. 242.

aus folgern sie, daß derjenige, welcher die Klage aus einem Rechtsgeschäfte anstellt, nur die Abschließung dieses Geschäftes im Allgemeinen, keineswegs aber das Vorhandenseyn der zur Giltigkeit desselben erforderlichen Bedingungen (z. B. die Fähigkeit seines Compaciscenten, die Freiheit und Ernstlichkeit der Einwilligung, die Möglichkeit der Leistung) zu beweisen habe; und der Abgang dieser Bedingungen will sohin als Hinderniß der Rechtsentstehung dargestellt werden.

Allein diese ganze Darstellung leidet an jener Unklarheit, welche wir in dieser Materie schon so oft zu rügen genöthigt waren; und unsere Gegner gerathen dabei mit sich selbst in grobe Widersprüche. Denn wenn es wirklich wahr wäre, daß, wie sie sagen, zur Begründung eines Rechtes immer der Beweis aller wesentlichen Bedingungen desselben, welche regelmäßig seine Entstehung bewirken, gehöre, so müßte ohne Zweifel Jeder, welcher sein Recht aus einem Geschäfte ableitet, nicht nur beweisen, daß dieses Geschäft überhaupt geschlossen, sondern insbesondere, daß es giltig abgeschlossen worden, und daß alle Erfordernisse seiner Giltigkeit vorhanden gewesen; weil ja doch nur das giltige Geschäft die Rechtsentstehung bewirken kann, und weil also auch alle Erfordernisse seiner Giltigkeit wesentliche Bedingungen der Rechtsbegründung sind. Die eben angeführte Behauptung Weber's und Bethmann-Hollweg's ist also schon an und für sich betrachtet gar nicht stichhältig. — Auch nützt es nichts, wenn man dieselbe mit Rücksicht auf die vorhin von uns gewonnenen Resultate dahin beschränkt, daß nur die positiven Bedingungen der Rechtsentstehung bewiesen werden müssen. Denn bei einiger Aufmerksamkeit werden sich, wenn nicht Alle, so doch die Meisten auf die Fähigkeit der Parteien, auf die Freiheit und Ernstlichkeit

der Einwilligung und auf die Möglichkeit der Leistung sich beziehenden Erfordernisse der Giltigkeit der Geschäfte als Facta im eigentlichen Sinne, mithin als positive Bedingungen der Rechtsentstehung darstellen, in welcher Eigenschaft wir sie nothwendig zur rechtserzeugenden Thatsache rechnen müssen. Es geht also auf keinen Fall an, den Abgang derselben unter den Begriff von Rechtshindernissen bringen zu wollen. Zu diesem Mißgriffe ließen sich Weber und seine Anhänger verleiten, weil sie sahen, daß man in der Praxis über alle jene Erfordernisse keinen Beweis zu verlangen pflegt, was doch geschehen sollte, wenn sie wirklich unter die Kategorie rechtserzeugender Thatsachen gehören. Allein diese scheinbare Anomalie behebt sich durch die Bemerkung, daß für die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte und also für das Vorhandenseyn der dazu gehörigen Erfordernisse in der Regel wenigstens eine gesetzliche Vermuthung streitet, die denjenigen, welcher sich auf dasselbe beruft, von dem durch allgemeine Grundsätze verlangten Beweise befreit. *)

---

*) Weber und Bethmann-Hollweg wollen von dieser Vermuthung durchaus nichts wissen. Sie übersehen, daß dieselbe bei einigen zur Giltigkeit der Geschäfte nothwendigen Erfordernissen, namentlich bei der Fähigkeit zur Einwilligung, und bei der Tauglichkeit des Gegenstandes durch positive Gesetze ausdrücklich bestätigt wird; sie vergessen, daß sie selbst jene Präsumtion der Sache nach anerkennen, wenn sie (in der oben citirten Stelle) sagen: Wer die Giltigkeit eines Geschäftes behauptet, habe die Regel für sich, und deßhalb sey er vom Beweise befreit. — Denn was als das Regelmäßige und folglich Wahrscheinliche auch ohne Beweis

Aus den vorausgegangenen Bemerkungen ziehen wir folgendes Resultat. — Die Regel: der Geklagte müsse die ihm zur Seite stehenden rechtshindernden Thatsachen beweisen, hat nur in so fern Richtigkeit und Anwendbarkeit, als man die Erklärung hinzufügt, daß immer nur Facta im eigentlichen Sinne als Hindernisse der Rechtsentstehung betrachtet werden dürfen, und daß also dem Geklagten nur der Beweis jener bejahenden Behauptungen obliegt, deren Anerkennung mit der Entstehung des Klagerechtes unvereinbar ist.

## §. 20.

### C. Auch als rechtszerstörende Thatsachen dürfen immer nur Facta im eigentlichen Sinne angesehen werden.

C. Was wir schließlich noch über den Begriff von rechtszerstörenden Thatsachen anzuführen haben, wird Jeder leicht errathen, der das Vorausgegangene einiger Aufmerksamkeit gewürdigt hat. — Die Anhänger der hier bestrittenen Theorie nehmen zwar keinen Anstand, sowohl Facta als Non-Facta unter dieser Benennung zu begreifen, und behaupten hartnäckig, daß der Geklagte alle sowohl positiven als negativen Bedingungen erweisen müsse, von welchen die Aufhebung des von seinem Gegner geltend

---

als wahr anzunehmen ist, das wird ja eben vermuthet. Wenn man die Sache zugibt, so sollte man sich gegen das Wort nicht so ängstlich sträuben.

gemachten Rechtes abhängt. Wir brauchen hier kein Wort mehr darüber zu verlieren, wie unpassend es sey, ein Non-Factum überhaupt als Thatsache (res facti) zu bezeichnen, und nun gar das Nichtgeschehene, — ein non ens, welches nur in der Vorstellung von dem Nichtseyn einer Ereignung oder Veränderung besteht, — als eine wirkende Ursache, als eine zerstörende Kraft zu denken. Nur darauf machen wir in Kürze aufmerksam, daß auch in diesem Punkte (so wie bei den früheren) unsere Widersacher a) mit den Entscheidungen der Praxis, und b) mit ihren eigenen Grundsätzen in einen unverzeihlichen Widerspruch gerathen.

a) Während nämlich unsere Gegner lehren: der Beklagte müsse auch jene Non-Facta, durch welche die Aufhebung des wider ihn geltend gemachten Rechtes bedingt ist, als seine Einwendungen beweisen, sehen wir beim Rückblicke auf das wirkliche Leben, daß die Praxis, einem unabweislichen Rechtsgefühle folgend, allenthalben den entgegengesetzten Grundsatz anwendet, und auch bei dieser Gelegenheit den Beweis der Negative niemals fordert. Statt vieler Beispiele möge hier ein einziges seinen Platz finden. — Täglich werden in den Gerichten Klagen der verschiedensten Art durch die Einwendung der Verjährung zurückgewiesen. Der Geklagte, welcher sich dieses Rechtsmittels bedient, behauptet, das in Anspruch genommene Recht sey dadurch aufgehoben worden, daß es der Berechtigte während der vom Gesetze bestimmten Zeit nicht ausübte; er beruft sich, um in dem Sinne unserer Gegner und nach ihrer Terminologie zu reden, auf eine rechtszerstörende Thatsache. Aber dennoch wird Niemand sich beifallen lassen, von dem Geklagten den Beweis dieses Non-Factums, durch wel-

ches seine Befreiung bedingt ist, zu begehren. *) — Um ähnliche Beispiele darf man nicht verlegen seyn. Der Rechtskundige wird deren leicht in Massen finden, und überall wird sich unsere Ansicht durch die gangbaren Entscheidungen der Praktiker glänzend bestätigen.

b) Aber nicht nur mit der Praxis, auch mit ihren eigenen Grundsätzen kommen unsere Gegner in Widerspruch,

*) Herr Prof. Fischer, welcher in seinem trefflichen Handbuche der dilatorischen Einwendungen, Wien 1825. §. 114. wo er von der Einwendung der Verjährung handelt, ganz allgemein den Grundsatz ausspricht: der Geklagte müsse auch eine Negation beweisen, wenn er daraus die Erlöschung des Klagerechtes folgern will; gibt dennoch zu, daß der Geklagte die negative Behauptung: sein Gegner habe das fragliche Recht während der Verjährungszeit nicht ausgeübt, nicht zu beweisen brauche. „Die Einwendung „der Verjährung“ — sagt er — „gründet sich auf ein positives Ereigniß, nämlich Ablauf der Zeit, welche die Verjährung für sich zu Stande bringt, wenn keine Unterbrechung durch Ausübung des Rechtes eingetreten ist.“ — Diese Erklärung stimmt wunderlich genug mit unserer Ansicht vollkommen überein. Die Verjährung hängt allgemein von einer positiven und negativen Bedingung ab. Die Erstere besteht in dem Umstande, daß das fragliche Recht schon vor der Verjährungszeit hätte ausgeübt werden können (z. B. daß die eingeklagte Darleihensforderung bereits im Jahre 1808 fällig war); die Letztere in dem Umstande, daß der ruhige Ablauf der Verjährung durch keine Ausübung oder Anerkennung des Rechtes unterbrochen worden ist. Fischer gibt zu, daß der Geklagte nur die positive, nicht auch die negative Bedingung der Verjährung auszuweisen habe; und das ist es eben, was wir behaupten.

wenn sie behaupten wollen, daß Non=Facta gerade so wie Facta im eigentlichen Sinne den Charakter von rechtszerstörenden Thatsachen haben können, und daß sie in dieser Eigenschaft von dem Geklagten bewiesen werden müssen. Diese Behauptung verträgt sich nämlich durchaus nicht mit dem von gegenseits so bestimmt ausgesprochenen Satze, daß der Kläger alle sowohl positiven als negativen Bedingungen seines Klagerechtes beweisen müsse. Denn da der Kläger ja doch immer ein gegenwärtig bestehendes Recht geltend machen will, und da er folglich seinen Angriff nicht lediglich darauf, daß das Recht irgend einmahl entstanden sey, sondern wesentlich auch darauf gründet, daß es noch immer in derselben Art fortbestehe: so gehört der Umstand, daß das einmal entstandene Klagerecht nachmals weder aufgehoben noch verändert, d. h. daß es nicht wieder zerstört worden sey, offenbar zu den wesentlichen Bedingungen des Klagerechtes, welche nach den Grundsätzen unserer Gegner als zum Grunde der Klage gehörige negative Bedingungen vom Kläger bewiesen werden sollten. — Die Gegner sind uns die Erklärung schuldig geblieben, warum sie, hierin sich selber untreu werdend, den Kläger von dem Beweise gewisser Bedingungen des Klagerechtes entbinden, und in diesem Falle gerade umgekehrt die Regel aufstellen: der Geklagte müsse über den Mangel dieser Bedingungen d. i. über die nachmalige Aufhebung des Rechtes den Beweis liefern. — Sie sind uns die Erklärung schuldig geblieben, warum sie in der Praxis von dieser Regel jedesmal selbst wieder abweichen, so oft die Aufhebung des Rechtes von einer negativen Bedingung abhängt.

Die Auflösung dieses Räthsels liegt in der Bemerkung, daß unsere Gegner, obgleich sie in der Theorie der Beweislast den Unterschied von Facten und Non=Facten nicht aner=

kennen, und von dem Realkriterium positiver und negativer Sätze nichts wissen wollen, dennoch durch eine dunkle Vorstellung von dem entscheidenden Gewichte jener Momente unwiderstehlich beherrscht werden; so daß sie beinahe bei allen Fragen der Wissenschaft und des Lebens im Einzelnen (in concreto, pro casu speciali) anerkennen, was sie im Allgemeinen (in abstracto) auf das hartnäckigste verwerfen, und im schroffen Widerspruche mit den von ihnen aufgestellten Principien fast immer den Bejahenden mit dem Beweise beschweren, den Verneinenden aber von dieser Last entheben.

### §. 21.

**Resultat der vorausgegangenen Kritik. — Die von Weber und seinen Anhängern aufgestellte Theorie hat kein selbstständiges Princip, und muß durch die Rücksicht auf das Realkriterium bejahender und verneinender Sätze ergänzt werden.**

Fassen wir nun die in den vorhergehenden Paragraphen nach allen Seiten hin ausgelegten Fäden zusammen, so stellt sich uns die klarste Überzeugung heraus, daß die von den Neueren angenommene Theorie über die Last des Beweises durchaus keine Principien liefert, welche in der Anwendung auch nur den mindesten Nutzen zu gewähren vermöchten. Denn Dasjenige, was sie über das Subject der Beweislast anbringen, geht im Wesentlichen auf die Regel hinaus: Jede Partei habe die Behauptungen zu beweisen, auf welche sie ihren Angriff oder ihre Vertheidigung gründet, ohne Unterschied, ob diese Behauptungen bejahend oder verneinend sind. —

Wer uns bisher mit einiger Aufmerksamkeit gefolgt ist, wird nun sehr begreiflich finden, daß wir diese Regel als eine völlig leere und gehaltlose Scheinregel bezeichnen, von welcher man nicht den geringsten Gebrauch machen kann. Wir würden es sogar für überflüssig halten, auch nur ein Wort darüber zu verlieren, wenn es sich nicht darum handelte, ein ebenso allgemein verbreitetes, als tief gewurzeltes Vorurtheil zu zerstören, von welchem die juridische Welt zu Gunsten jener Regel befangen ist; als ob durch dieselbe die Frage: Wer hat zu beweisen, auf eine vollkommen genügende Weise gelöst würde; ein Mißgriff, welcher nur darin seinen Grund hat, daß man sich von der Bedeutung dieser Frage durchaus keine klare Vorstellung machte.

Der gänzliche Mangel einer ordentlichen Verständigung über diesen hochwichtigen Punkt nöthigt uns an diesem Platze nochmals die nachfolgenden Bemerkungen in Erinnerung zu bringen.

a) Die Frage: Wer hat zu beweisen, kann überall nur dann in Anregung kommen, wenn ein entscheidender und an sich ungewisser Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes streitig ist; d. h. wenn die Parteien darüber entgegengesetzte Behauptungen vorbringen, indem die Eine derselben dasjenige bejaht, was die Andere verneint. Aber eben weil der fragliche Moment der Voraussetzung nach entscheidend ist, muß ja der Antrag einer jeden Partei von der Richtigkeit ihrer hierüber vorgebrachten Behauptung abhängen. Wenn der Kläger seinen Angriff auf eine bejahende Behauptung gründet, so ist die Vertheidigung des Geklagten nothwendig auf die entgegengesetzte verneinende Behauptung gestützt; — und wenn hinwieder dieser seine Befreiung aus dem Eintritte einer Ereignung ableitet, so muß

die Richtigkeit des Klageanspruches durch den Nichteintritt derselben Ereignung bedingt seyn. — Was soll uns also die Regel nützen, daß jede Partei die Behauptungen beweisen müsse, worauf sie ihren Angriff oder ihre Vertheidigung gründet? Macht man der Zumuthung unserer Gegner gemäß zwischen bejahenden und verneinenden Behauptungen keinen Unterschied, und wollte man nun ihre Regel folgerichtig anwenden, so wäre man immer genöthigt, über jeden entscheidenden Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes beiden Parteien zugleich den Beweis aufzulegen; weil jede von ihnen ihren Angriff oder ihre Vertheidigung auf die über diesen Moment vorgebrachte bejahende oder verneinende Behauptung gründet. Es wäre auf diese Weise der wichtige Unterschied zwischen Vor- und Gegenbeweis gänzlich aufgehoben. Die Last des Beweises würde in ein und derselben Beziehung immer beide Streittheile treffen, was eine **contradictio in terminis** ist, weil ja eben die Last des Beweises in einer und derselben Beziehung schon ihrem Begriffe nach immer nur einen Streittheil treffen kann. — Es hat sich nämlich am Eingange dieser Untersuchungen (§. 3.) als höchste Aufgabe für die Theorie des Beweises die Lösung der Frage herausgestellt: welche Partei die Last des ersten oder Vorbeweises zu tragen habe, wenn beide Theile über einen und denselben an sich ungewissen und entscheidenden Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Bestimmungen anführen? Daß aber hierüber in der Regel unserer Gegner keine Auskunft zu finden sey, muß Jeder zugeben, der es nicht verschmäht, auf die Sache aus dem hier angegebenen Gesichtspunkte einen unbefangenen Blick zu werfen.

b) Weber und seine Anhänger haben diesen Übelstand sehr wohl gefühlt. Sie haben es deßhalb für nothwendig gefunden, näher anzugeben, was unter dem Angriffe und der Vertheidigung der Parteien zu verstehen sey. Auf diese Weise wurde ihr Princip so umschrieben: Der Kläger habe den Grund seiner Klage (und seiner Repliken); der Geklagte den Grund seiner Einwendungen (und Dupliken) zu beweisen. — Wie wenig mit dieser erklärenden Paraphrase geholfen sey, hat sich im Verlaufe der vorausgegangenen Untersuchungen genugsam gezeigt. Unsere Gegner wollen überall ein **incertum** durch ein **aeque incertum** erklären. Sie bedenken nicht, daß in jedem Falle, da ein geschichtlicher Moment streitig, und die Vertheilung der Beweislast wirklich zweifelhaft ist, es immer auch zweifelhaft erscheint, ob man die rücksichtlich jenes Momentes angebrachte Behauptung des Klägers als Klagegrund oder als anticipirten Widerspruch einer Einwendung; und die entgegengesetzte Behauptung des Geklagten als eine wahre Einwendung oder als einen bloßen Widerspruch des Klagegrundes zu betrachten habe.*) Um diesen Zweifel mit Zuverlässigkeit lösen zu können, müßte vorläufig der Umfang und Inhalt der Begriffe: Klagegrund und Einwendung bestimmt gegeben seyn. Allein in unseren Gesetzen sucht man

*) So ist zum Beispiele in dem oben §. **17 — 4** angegebenen Falle, da die Töchter das ihrem Oheime unter einer auflösend verneinenden Bedingung hinterlassene Gut zurückfordern, zweifelhaft, ob ihre Behauptung, der Oheim habe die vom Erblasser beabsichtigte Ehe nicht geschlossen, zum Grunde der Klage gehöre; oder ob vielmehr die entgegengesetzte Behauptung des geklagten Oheims, eine Ehe wirklich geschlossen zu haben, als Einwendung zu behandeln sey.

umsonst nach solchen Bestimmungen. Denn von dem, was zum Grunde der Klage gehört, geschieht ohnehin nirgends eine ausdrückliche Erwähnung; und wenn gleich von Einwendungen öfters die Rede ist, so läßt sich hieraus doch nichts Zuverlässiges für unsern Zweck entnehmen. Denn wir haben oben (§. 15) eine incht unbeträchtliche Reihe von Fällen angeführt, in welchen gewisse Gegenreden des Geklagten in der Sprache der Gesetze und des Gerichtsgebrauches unter dem Namen von Einwendungen vorkommen, ohne daß es deßhalb anginge, den Geklagten zum Beweise dieser sogenannten Exceptionen anzuhalten. — Kurz die Begriffe des Klagegrundes und der Einwendung sind vor der Hand noch nicht selbstständig in der Art festgestellt, daß man darnach die Beweislast mit einiger Beruhigung vertheilen könnte.

c) Es erübrigt also nichts als der Versuch diese Begriffe vorerst aus der Natur der Sache und aus allgemeinen Grundsätzen haltbar zu bestimmen. Manche glaubten diese Aufgabe wirklich zu lösen, indem sie erklärten: den Grund der Klage machten lediglich die rechtserzeugenden, die Einwendungen des Geklagten aber die rechtshindernden und rechtszerstörenden Thatsachen aus. Allein auch diese Erklärung ist weit entfernt, einen verläßlichen Anhaltspunkt zu geben. Wir fanden nämlich, daß die Begriffe von rechtserzeugenden, rechtshindernden und rechtszerstörenden Thatsachen eben so schwankend und unbestimmt sind, als die Begriffe des Klagegrundes und der Einwendung, welche sie erklären sollten, wenn man sie nicht vorläufig mit Rücksicht auf das Realkriterium bejahender und verneinender Sätze dermaßen begränzt, daß sie durchgehends nur auf Facta im eigentlichen Sinne bezogen werden.

Wenn man mit Weber sagt: Kläger müsse die Behauptungen, auf welche sich sein Angriff gründet; oder er müsse den Grund seiner Klage d. i. die ihm zur Seite stehenden rechtserzeugenden Thatsachen beweisen, so hat man damit gar keine anwendbare Regel für die Vertheilung der Beweislast gegeben, so lange man sich nicht vorläufig darüber verständigt, daß nur realpositive Behauptungen den Angriff des Klägers begründen; daß nur Facta im eigentlichen Sinne den Grund der Klage und die dem Kläger zur Seite stehenden rechtserzeugenden Thatsachen ausmachen können. — Auf gleiche Weise nutzt es gar nichts zu sagen, dem Geklagten liege der Beweis über jene Behauptungen ob, auf welche sich seine Vertheidigung gründet, oder er habe nur seine Einwendungen d. i. die ihm zur Seite stehenden rechtshindernden und rechtszerstörenden Thatsachen zu beweisen, wenn man nicht zugleich die Erklärung hinzufügt, daß nur realbejahende Behauptungen die Vertheidigung des Geklagten begründen, und daß als eigentliche Einwendungen, als rechtshindernde und rechtszerstörende Thatsachen immer nur Facta im eigentlichen Sinne betrachtet werden können.

Das Resultat der vorausgegangenen kritischen Untersuchungen ist in Kürze folgendes.

Die von Weber und seinen Anhängern aufgestellte Regel erhält ihre Geltung und Anwendbarkeit erst dadurch, daß man die darin enthaltenen Begriffe mit Rücksicht auf das Realkriterium bejahender und verneinender Sätze, und auf den Unterschied zwischen Facten und Non-Facten vorläufig bestimmt. Ohne diese Rücksicht ist sie eine bloße Scheinregel, von welcher in

der Praxis gar kein Gebrauch gemacht werden kann. Wird sie aber nach unserem Realkriterium näher bestimmt, so verdient sie nicht den Namen eines selbstständigen Principes.

Dann sagt sie nämlich der Sache nach nichts anderes aus, als der Satz: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** dessen historische Entwicklung und philosophische Begründung der nächstfolgende Abschnitt zur Anschauung bringen soll.

---

# Zweiter Abschnitt.

## Rechtfertigung der Regel: Affirmanti, non neganti incumbit probatio.

---

### §. 22.

**Historische Andeutungen über die Entstehung und Ausbildung dieser Regel. — Ihre Herrschaft im siebenzehnten und achtzehnten Jahrhundert. — Ansichten ihrer neueren Anhänger.**

Die Regel: „**Affirmanti, non neganti incumbit probatio**" wird mit Recht als der älteste Hauptgrundsatz der Lehre von der Beweislast angesehen. In den Scholien der Basiliken*) heißt es schon: „**Nota regulam generalem, eum, qui adfirmat, non eum, qui negat, onus probationis subire; negationis enim probatio non est, nisi si negatio praesumtioni adversetur.**

Die Glosse des Civilrechtes stimmt mit dieser Aus-

---

*) **Basilica Fabroti. Tom. III. pag. 23.**

legung des Fr. 2. Dig. h. t. vollkommen überein, nur daß sie die Regel in zwei Theile zerlegt: „Duas ponit regulas haec lex: Prima, qua dicitur, affirmantem probare. (Haec autem fallit, si praesumtio pro eo faciat, qui dicit; ut patet in re, quam habet uxor). Secunda regula est, quod, qui negat, non teneatur probare.“ — Schon vor Bulgarus, dessen in dem vorigen Abschnitt erwähnt wurde, hatte dessen Lehrer, der Glossator Irnerius den Beweis der Negative aus allgemeinen, logischen Gründen für unmöglich erklärt *). Seine Ansicht, welche begreiflicher Weise dem wunderlich spitzfindigen Geiste der Scholastik gar trefflich zusagte, wurde bald von Placentinus und Johannes Bassianus (in der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhundertes) angenommen, und von einer Reihe sehr angesehener Civilisten weiter ausgebildet **).

Zu gleicher Zeit ging sie auch in die Quellen des canonischen Rechtes über, aus welchen man als hieher gehörig folgende, mitunter merkwürdige Stellen bezeichnet:

Cap. 11. X. De probat. (2, 19).

Quoniam contra falsam assertionem iniqui Judicis innocens litigator quandoque non potest veram

---

*) Siehe die Glosse des Accursius zu L. 23. Cod. De prob. (4, 19). — Alii ut Ir. dicunt, per rerum naturam, ut affirmatum, quia, quod affirmatur, est: et ita potest probari per differentias et species. Sed illud, quod negatur, non est: et sic non potest probari, cum non habeat species et differentias.

**) Die einst so berühmten Namen ersparen wir den Lesern. Der Liebhaber findet manche bei Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 326 u. f.

negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati praejudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati: Statuimus etc. . .

Cap. 12. X. ibid.

. . . . Volentes igitur, ut haec pestis, contraria omni juri, penitus exstirpetur a Clero: mandamus, quatenus in hujusmodi probatione negativa (dum tamen possit affirmativa ex adverso probari) neminem audiatis.

Cap. 23. X. De electione et electi potestate. (1, 6).

. . . . quamvis et quod citati non fuerint, non possit de facili comprobari; quia negantis factum per rerum naturam nulla est directa *) probatio: cum etsi quilibet de se posset asserere etc. . .

Cap. 2. C. 6. q. ult. (5).

Accusator, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit **).

Cap. 5. in fin. X. De renunciat. (1, 9).

Porro licet negantis factum per rerum

---

*) Die Note meiner Ausgabe: Colon. Munat. 1730. in 4. sagt: Dictio „directa“ deest in antiquis.

**) Setzt man an die Stelle des Eingangswortes „accusator“ den Ausdruck „actor,“ wie es die Note d) meiner Ausgabe andeutet, so hat man die L. 23. Cod. de probat. (4, 19.) oder L. 10. Cod. De non num. pec. (4, 30.).

naturam nulla sit probatio, ejus tamen, qui spontaneam renunciationem negat, (cum implicite, et quodammodo replicando inficietur super apertione sua, habito ad dignitatem et opinionem respectu) probationes credimus admittendas.

Cap. 1. in Sext. Decr. De confessis. (2, 9).

Statuimus, ut positiones negativas (quae probari non possunt nisi per confessionem adversarii) Judices admittere possint, si aequitate suadente viderint expedire.

Hier ist freilich überall auf die vermeintliche Unmöglichkeit oder doch auf die große Schwierigkeit des Beweises einer Negative angespielt, und gar Manche haben sich dadurch verleiten lassen, hierin den Grund zu suchen, aus welchem der Beweis einer Negative nicht gefordert werden dürfe, was freilich ein gar arger Mißgriff ist. Der Satz: „negantis probatio nulla est“ bedeutet im Sinne der römischen Gesetzbücher keineswegs soviel als: „negans probare non potest“, er will vielmehr nur aussagen: „neganti probatio non incumbit“ *). Dieß scheinen die Verfasser des canonischen Rechtes allerdings mißverstanden zu haben. Allein wenn sie durch diese fehlerhafte Auffassung irregeleitet, auf die Unmöglichkeit oder Schwierigkeit des Beweises verneinender Sätze bei der Vertheilung der Beweislast zu großes Gewicht legten, so fühlten sie selbst gar wohl die Schwäche und Unhaltbarkeit dieses Entscheidungsgrundes. Daher erklärt sich die oben bei Cap. 11. X. De prob. (2, 19)

---

*) Cocceji (Sam. de) Jus civile controversum. Lips. 1764. P. II. L. XXII. T. III. quaest. 6.

und Cap. 23. X. De elect. et electi pet. (1, 6.) gerügte Einschiebung des Wortes „directa", welche zeigt, daß die indirecta probatio negativae dennoch für möglich, und wahrscheinlich auch für ziemlich leicht herzustellen gehalten wurde; daher das in dem Cap. 1. Sexti Decr. De confessis. (2, 9.) ausdrücklich enthaltene Bekenntniß, daß negative Behauptungen (ohne Unterschied) durch das Geständniß des Gegners bewiesen werden können.

So findet man denn auch bei den Glossatoren des römischen Civilrechtes eine Ansicht über die Grundsätze der Beweislast, welche nicht ganz so abgeschmackt ist, als man gewöhnlich leichthin absprechend behauptet. Den Grundsatz: Affirmanti incumbit probatio, — negantis vero probatio nulla est mit Eifer bekennend, konnten sie sich nicht verhehlen, daß es hiebei auf die bejahende oder verneinende Form, in welcher ein Satz ausgesprochen worden ist, nicht ausschließlich ankomme. Mit trefflichem Tacte schieden sie also gewisse Classen von Sätzen aus, welche troz ihrer verneinenden Form dennoch zum Beweise verpflichteten. Dahin gehören:

1. Die negationes praegnantes, d. h. solche verneinende Sätze, welche in der That eine Bejahung in sich schließen; wie z. B. die Behauptung: Titius lebe nicht mehr, welche nichts Anderes sagen will, als: Titius sey schon gestorben, was eine realbejahende Behauptung ist *).

*) Mit der Ausscheidung der negatio praegnans ist schon der Grundsatz „negantis probatio nulla est" für die Anwendung gereinigt; und durch dieselbe allein kann sich die Ansicht der Glossatoren den besten Leistungen der modernen Civilisten an die Seite stellen.

2. Die **negationes qualitatis**, welche gewöhnliche, folglich zu vermuthende Eigenschaften von Personen oder Sachen widersprechen, und also dem **negans** den Beweis seiner Behauptung zur Entkräftung der ihm entgegenstehenden Vermuthung nothwendig machen, wie z. B. die Behauptung, daß Jemand nicht im Gebrauche seiner Verstandeskräfte sich befinde, und

3. Die **negationes juris**, wenn die Rechtsgiltigkeit einer Handlung z. B. eines Vertrages oder eines Testamentes widersprochen wird. — Denn auch für die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte streitet im Allgemeinen die Vermuthung, welche von Seite des Widersprechenden durch eine Art Gegenbeweis entkräftet werden muß. — In diesen Unterscheidungen liegt beinahe Alles angedeutet, was dazu gehört, um den obersten Grundsatz der Beweislast mit Sicherheit bestimmen zu können. Die Fälle, in welchen auch eine Negative zu beweisen ist, sind richtig angegeben, nur daß bei der Begründung auf den Einfluß der Vermuthungen zu wenig Rücksicht genommen wurde. Minder glücklich ist

4. Die Unterscheidung einer **negativa facti definiti et indefiniti**, welche ursprünglich nur den Zweck gehabt zu haben scheint, den Fehlgriff derjenigen in helles Licht zu setzen, von denen die absolute Unmöglichkeit des Beweises negativer Sätze blindlings vertheidigt wird. Denn das springt in die Augen, daß eine durch Zeit- und Ortsumstände genau bestimmte Negative (negativa facti definiti) beiläufig eben so leicht zu beweisen sey, als was immer für eine positive Behauptung eines Ereignisses. Inzwischen kann die Verneinung eines Factums auch ohne nähere Bezeichnung des Ortes und der Zeit (negativa facti indefiniti), wenn

schon nicht durch Zeugnisse so doch durch das Geständniß (wohin hier auch die **scriptura propria** und der Haupteid zu rechnen ist) auf höchst einfache Art bewiesen werden *). Durch diese Bemerkung verschwindet der Glaube an den praktischen Nutzen jener Unterscheidung, welche dadurch geradezu verderblich geworden ist, weil sie zu dem freilich argen Mißverständnisse Verlassung gab, als ob jede **negativa facti definiti**, weil sie leicht bewiesen werden kann, auch immer bewiesen werden müßte.

Trotz diesen Unvollkommenheiten muß man doch gestehen, daß in jenen etwas subtil aussehenden Distinctionen der Glossatoren eine bewunderungswürdige Sagacität sich äußert. Die juridische Weisheit, welche in der Glosse des Civilrechtes auch in dieser Beziehung verborgen liegt, ist freilich durch manche barbarische und scholastische Zuthat entstellt; auch sie ist uns gewiß noch schwerer auszufinden, als sie es denen war, welche der Zeit ihrer Entstehung näher angehörten. — Wer so wie wir von diesen Ansichten nie anders als von wunderlichen Eigenheiten einiger alter Grübler hat sprechen hören, kann sich nicht leicht eine Vorstellung von der Gewalt machen, mit welcher sie die ausgezeichnetsten Männer vieler Jahrhunderte beherrschten **). Ja dieser Ein-

---

*) Dieß geben die Canonisten selbst ausdrücklich zu. Vergl. das oben citirte cap. 1. in S. D. De conf.

**) Die Unbekanntschaft mit der Geschichte des Rechtes hat (wie Bethmann-Hollweg sehr wahr bemerkt) neuere Schriftsteller nicht selten veranlaßt, eine Ansicht als die alte, in der Übung bewährte und herrschende zu betrachten, und ihr dadurch ein besonderes Gewicht beizulegen, während ihr dieses Ansehen durchaus nicht zukommt.

fluß auf die besten Geister dauerte bis tief in das achtzehnte Jahrhundert hinein. — Um meine Leser mit der Manier bekannt zu machen, in welcher die Stimmführer dieser späteren Zeit die Sache auffaßten und behandelten, lasse ich hier die vota der Berühmtesten folgen:

1. Meier (J.) *).

. . . . per rerum naturam is, qui factum negat, probare negationem suam non debet, i. e. ratione naturali, quae ratio in eo consistit, quod quidquid praesumitur, id non debet probari, sed ejus contrarium. Jam vero factum, id est affirmatio facti non praesumitur, ergo factum sive affirmatio facti debet probari, non ejus contrarium, videlicet non factum id est facti negatio, atque hinc illa decantatissima juris regula: „ei qui dicit, non qui negat, incumbit probatio."

2. Struvius (G. A.) **).

Imponitur probandi necessitas a judice illi, qui aliquid in judicio dicit, asserit aut intendit, sive actor sive reus . . . . Negativae itaque nulla directa est probatio. Per indirectum autem et negans suam negativam, probando scilicet implicitam, vel negativae contrariam affirmativam probare potest, aliquando tenetur, si non simpliciter negative respondeat alteri asserenti, sed negando quid ponat, ac in ne-

---

*) Collegium Argentoratense. Argent. 1616. Tit. De prob. §. 7.

**) Syntagma juris civilis sec. ord. Pand. Francof. et Lips. 1717 et 1718. — ad Lib. 22. Tit. 3. De prob. VI.

gativa se fundet. Est nimirum negatio non tam figura verborum quam vi et potestate aestimanda *).

3. Voëtius (Joh.) **).

Probat et qui asserit, non qui negat, eo quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla est, si modo negatio facti et negatio simplex sit, nullis circumstantiis loci aut temporis munita; — nam si vel juris negatio fiat, vel facti negatio qualitatibus loci aut temporis vestita sit, ipsi neganti probatio per leges imposita est; cum hujusmodi inficiationes in se involvant affirmationem quandam, ex cujus probatione per argumentum artificiale

---

*) Dieser Darstellung des berühmten Struve wäre nichts auszusetzen als, daß sie dort, wo es sich nur um das Subject der Beweislast handelt, in die unglückliche, zunächst das Object betreffende, Frage über die Möglichkeit eines directen Beweises der Negative eingeht, und dieselbe im Sinne jener Zeit verneinend beantwortet. — Die Frage, wer hat zu beweisen, wird trefflich gelöst. In der Regel muß der Bejahende beweisen, der Verneinende aber ausnahmsweise dann, wenn er 1. seinen Anspruch auf die Verneinung stützt, und 2. indem er verneint, zugleich etwas bejaht (negativa praegnans). — Das probare potest ist von dem probare tenetur, die Frage um die Möglichkeit des Beweises negativer Sätze ist von der Frage um die Verbindlichkeit zur Führung dieses Beweises strenge geschieden, und zugleich auf die Realopposition positiver und negativer Sätze aufmerksam gemacht.

**) Commentarius ad Pandectas. II. Tom. Ed. sexta. Hagae Comitum. 1734. Dig. L. 22. T. 3. §. 10.

educitur veritas negationis, unde et talem negationem a pragmaticis dici negativam praegnantem monet Merula *).

4. Huberus (Ulr.) **):

Haec enim est qualitas probationis necessaria, ut sit conformis intentioni et conclusioni libelli a parte actoris aut defensioni rei adfirmativae. Nam Persona, quae probat, est is, qui affirmat, non qui negat, sive actor sive reus. Neganti per rerum naturam probatio imponi non potest, utique si negatio sit in thesi, secus si locorum, personarum temporumve circumstantiis definita sit quaestio; tunc enim, qui negat, docere potest, se tum temporis alibi fuisse. Et quoniam actor plerumque petit et affirmat, hinc regulariter dicimus: actori incumbere probationem. Attamen reus in exceptionibus, quas profert, actoris instar est. Quis autem sit affirmans vel negans, non tam ex verborum figura, quam eorum sententia reique natura colligitur.

---

*) Hier ist der entscheidende Begriff der negativa praegnans mit dem der negativa facti definiti verwechselt, oder vielmehr ganz unpassend zusammengeschmolzen. Die Verneinung eines Factums mit genauer Angabe des Ortes und der Zeit ist noch lange nicht das, was die Glossatoren negativa praegnans genannt haben. Nur diese, nicht auch jene befreit vom Beweise.

**) Praelectionum juris civilis. Tom. III. Acced. Chr. Thomasii addit. et Luderi Menkenii remissiones. Ed in Germ. tertia. Lipsiae 1735. Dig. L. 22. T. 3.

5. Ludowici. (J. Fr.) *):

Porro probandi onus ipsi incumbit, qui aliquid adfirmat, sive directe sive per consequentiam; id est, si negare quidem videtur alter, sed tamen illa negatio implicite adfirmativam in se continet, qualis dicitur negativa praegnans.

6. Noodt (Ger.) **):

Est autem probatio fides legitima, quam judici de re controversa facit is, qui dicit . . . . ait definitio, probationem incumbere ei, qui dicit, non qui negat . . . Probat igitur sine dubio actor, quia is plerumque dicit, sibi deberi, suumve esse, quod petit; reus negat . . . . . Potest tamen evenire, ut reus dicat, eoque casu tam eum quam actorem probare quod intendit, Severus et Antoninus observant; . . . at si negat, ut dixi, actoris probatio est; rei non est . . . quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla est. Verissime: qui enim est negatio? nihil. Atqui, quod non est, probari i. e. monstrari nulla via potest . . . . Illud praetermitti non oportet, quod aliquando, quae prima facie videtur negatio, interius spectata implicitam habet affirmationem: ideoque probari debet.

---

*) Doctrina Pandectarum. Halae Magd. 1743. Dig. L. 22. T. 3. §. 4.

**) Commentarius in libros XXVII. Digest. in ejus operibus. Tom. II. Lugd. Bat. 1735. L. 22. T. 3.

7. Heineccius (J. Gottl.) *):

Ex eodem consequitur 5. ut quicunque intentionem facto superstruit, factum id teneatur probare, adeoque 6. actor actionis vel replicationis, reus exceptionis vel duplicationis suae fundamentum demonstrat. 7. Ut non neganti sed adfirmanti incumbat probatio, nisi negativa sit circumstantia quadam aiente circumscripta. 8. Ut a probatione merito immunis sit, qui vel praesumtionem pro se habet vel possessionem **).

8. Westenberg (J. Ortwin.) ***):

Probat actor et affirmans, non reus, maxime si possessor sit; neque negans, cujus per rerum naturam nulla est probatio. Nisi 1. reus excipiendo fiat actor, vel 2. gravis contra reum militet praesumtio, vel 3. reus onus probandi in se susceperit. — Sed et qui negat, aliquando probare debet, si scilicet contra negantem sit praesumtio, et negatio talis sit, quae loco et tempore circumscripta est, quaeve affirmationem in se continet.

---

*) Elementa juris civilis sec. ord. Pand. II. Tom. Amstelod. 1728. L. 22. T. 3. §. 120.

**) Die Ansicht dieses Schriftstellers ist für uns um so wichtiger, da derselbe in Österreich in großem Ansehen stand, und nach seinen Anfangsgründen auf der Universität gelesen wurde. Dieselben sind zum Gebrauche der Rechtsbeflissenen in's Deutsche übertragen, (6 Bände) zu Wien 1784 — 1789 gedruckt, und finden sich als Noth- und Hilfsbuch bei jedem älteren Juristen.

***) Principia juris sec. ord. Dig. seu Pand. Ed. sec. Lugd. Bat. 1732. L. 22. T. 3. §§. 12 — 13.

9. Wernher (J. Balth.) *):

Probanda sunt ea, quae factum concernunt, et ab adversario negata sunt, modo aliquid ad causae decisionem faciant, nam quae impertinentia sunt, a judice ex officio rejicienda veniunt.

10. Hellfeld (J. Aug.) **):

Pro affirmante habetur is, qui factum quoddam dubium pro se contra alterum in judicio allegat. Qui facto contra se allegato contradicit, negare dicitur, et recta se habet doctorum regula: Affirmanti, non neganti incumbit probatio. Juris vero praesumtio affirmantem liberat ab onere probandi ***).

Die hier abgedruckten Stellen aus den Werken dieser, in ihrer Zeit so vielgekannten und zum Theile hochberühmten Männer erfüllen einen doppelten Zweck. Denn erstlich geben sie dem Leser eine genügende Vorstellung von der Art, auf welche unsere Materie unmittelbar vor dem Erscheinen der nun gangbaren (Weber'schen) Theorie dargestellt zu werden pflegte; und zweitens soll ihre Anzahl sowohl als der

*) Manuale Pandectarum. Marburgi. 1726. L. 22. T. 3. §. 3.

**) Jurisprudentia forensis sec. Pand. ord. Jenae. 1764 — 1806. §. 1153.

***) Daß Hellfeld das Wort „affirmare" im strengen Sinne d. i. für das Behaupten einer Ereignung genommen habe, geht aus dem §. 687 des oben angeführten Werkes hervor, wo der berühmte Autor in der bekannten Controverse über die Beweislast bei der Negatorienklage den Kläger aus dem Grunde vom Beweise befreit wissen will, weil sich derselbe in negativa gründet.

Klang der an ihrer Spitze stehenden Namen die Behauptung bekräftigen, daß früher die Regel: **affirmanti, non neganti incumbit probatio** durchaus die herrschende war; daß sie von den meisten und angesehensten Rechtsgelehrten angenommen und vertheidigt wurde *).

Seit der größeren Verbreitung der kritischen Philosophie hatte auch die Rechtslehre eine ganz andere Gestalt angenommen. Der Widerwille gegen die Spitzfindigkeiten der alten Schule und gegen den Wust der Folianten wurde immer allgemeiner; und zu einer gewissen Zeit war derjenige am willkommensten, der das Alte mit der schonungslosesten und vornehmsten Geberde auf die Seite warf. Inzwischen gab es noch immer einzelne Schätzer und Vertheidiger ehrwürdiger

*) Die obigen Citate sind keineswegs aus dem Meere der Pandekten-Literatur wie zufällig herausgefischt. Ich hatte vielmehr vor, die Meinungen aller bekannten Civilisten des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhundertes, welche das römische Recht nach der Ordnung der Pandekten behandelt hatten, zu sammeln, und wählte dabei zum Anhaltspunkte die literar. Notizen des Hrn. Prof. Haimberger (in dessen „Reines röm. Privatrecht". Wien **1835**. S. **50**. u. f.) Von den daselbst angeführten **16** Autoren älterer Zeit (denn **Malblanc** gehört unserem Jahrhunderte an) habe ich aber nur die **12** berühmteren in unseren Bibliotheken aufgefunden, unter welchen sich nur zwei (nämlich die schon früher erwähnten Böhmer und Lauterbach) als Gegner, zehn aber durch die obigen Stellen als eifrige Anhänger der alten Theorie aussprechen. Wie die vier noch übrigen (Corn. van Eck, Schaumburg, Menken und Conradi) über diesen Gegenstand dachten, weiß ich nicht. Was aber auch immer ihre Ansicht gewesen sein mag, das Übergewicht dürfte in jeder Beziehung auf der Seite jener Zehnmänner seyn.

Grundsätze, welche wir hier, insoweit sie uns bekannt geworden sind, als unsere Freunde anführen:

Tevenar (v.) *):

„Derjenige, welcher behauptet, daß sich eine Naturbe„gebenheit zugetragen habe, die Rechte zuwege bringt, daß „eine einseitige Handlung vorgenommen, ein Vertrag ge„schlossen worden sey, daß eine Gewohnheit die Streitigkeit „entscheide, eine Person oder Sache sich in einem unge„wöhnlichen Verhältnisse oder Verbindung befinde: — muß „diese Sätze, wenn er daraus Rechte oder Verbindlichkeiten „herleiten will, erweisen, es sey denn, daß das Vorgeben „ganz oder zum Theile von einem solchen Grade der Wahr„scheinlichkeit unterstützt wird, den die Gesetze, bis das Ge„gentheil erwiesen worden, für Wahrheit annehmen; oder „daß der Satz zu den unerweislichen gehört."

Schmidt (J.) **):

„Der Kläger hat alle auf den Klagegrund sich bezie„henden, von ihm bejahten Thatumstände, welche auf „die Entscheidung der Sache einen Einfluß haben, insbeson„dere welche zu des Beklagten Verurtheilung dienlich sind, „und von diesem geläugnet werden, darzuthun. — Was im „Gegentheile der Kläger nicht bejahet, sondern vielmehr ver„neinet, das braucht er nicht zu beweisen, wenn es nur „in einer wahren, nicht aber bloß scheinbaren Verneinung „besteht, und er überdem dabei keine rechtliche Vermuthung „wider sich hat."

---

*) Theorie des Beweises im Civilprocesse. Magdeb. u. Leipzig 1780. S. 26.

**) Lehrbuch von den gerichtlichen Klagen. §. 80. a, b.

Klötzer (C. Chr. W.) *):

„Der Richter verknüpft das Recht mit der Erfahrung „. . . . Da nun das rechtliche Verhältniß im Ganzen so wie „in seinen Theilen nur an die (Position der) Sinnenwelt „geknüpft ist, mit der Negation derselben aber eben so we„nig als mit der Negation eines ihrer Theile ein rechtliches „Verhältniß verbunden sein kann: so gibt es in jure keinen „Beweis einer Negative, insoferne solche die Abläugnung ei„nes Theiles der Erfahrung bezeichnet.“

„Das asserirte Rechtssubstrat verhält sich zu dem auf das„selbe gegründeten Rechtsverhältnisse wie Mittel zum Zweck; „— daher der Grundsatz: **Affirmanti incumbit pro„batio, non neganti.**“

Schneider (C. Chr. Gottl.) **):

„Nur einem von beiden Theilen . . . . kann in Anse„hung eines und desselben Thatsatzes oder dessen, der ihm „entgegengesetzt ist, die Last der Beweisführung aufliegen, „und sie liegt demjenigen auf, der die rechtliche Vermuthung „gegen sich hat.“

„Wenn eine bejahende Naturbegebenheit weder phy„sisch nothwendig noch gewöhnlich oder schlechterdings zufäl„lig ist, so wird die entgegengesetzte verneinende Natur„begebenheit (der unveränderte Zustand) rechtlich vermuthet, „und der Beweis liegt also demjenigen auf, der „den bejahenden Thatsatz behauptet ***).

---

*) Versuch eines Beitrages zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. Jena. 1813. S. 66 u. 81.

**) Vollst. Lehre vom rechtl. Beweise in bgl. Rechtssachen. Gießen und Darmstadt. 1803. S. 3 u. 14.

***) Dieselbe Regel wird dann (S. 18.) auch für bejahende und verneinende Handlungen aufgestellt.

Grolmann *):

„Die rechtlichen Vermuthungen sind in unseren positiven „Gesetzen keineswegs vollständig aufgezählt, und können es „nicht sein, weil überall, wo dem einen Theile ein Beweis „aufgelegt wird, für die Behauptung des anderen eine „Rechtsvermuthung, welche den Grund, warum jenem der Be„weis aufgelegt wurde, enthält, streiten muß, und es daher „der Rechtsvermuthungen im Grunde so viele geben muß, „als Thatsachen gedacht werden können.“

„Derjenige muß beweisen, welcher seine rechtliche Bitte „auf bestrittene Thatsachen stützet, gegen welche die rechtliche „Vermuthung streitet **).“

Nowak (Franz v.) ***):

„Keines Beweises bedürfen:

---

*) Theorie des ger. Verfahrens in bürg. Rechtsstreitigkeiten. 3. verb. Aufl. Gießen und Darmstadt. 1810. S. 137 u. 140.

**) Demjenigen, welcher sich nach dem Grundsatze: affirmanti contra praesumtionem incumbit probatio richten will, wird immer die Frage entgegenkommen, für welche von beiden Parteien denn die Vermuthung streite. Diese Frage wird nur für verhältnißmäßig wenige Fälle von den Gesetzen ausdrücklich entschieden. Sie ist daher in der Regel aus allgemeinen Grundsätzen, aus den Principien der Beweislast zu beantworten, so wie denn auch Schneider in seiner Präsumtionstheorie zuletzt dennoch auf den Satz: affirmanti, non neganti etc. zurückkehren mußte. Dieß ist auch der Grund, aus welchem Grolmann hier zu stehen kommt, obgleich derselbe sich ausdrücklich gegen diesen Satz erklärt.

***) Der gerichtliche Beweis. Prag 1805; ein Buch, welches hier um so mehr Erwähnung verdient, weil dasselbe, wie

b) „Verneinende Umstände, weil eine Unterlassung „zu erweisen beinahe unmöglich ist, und jeder die Vermu-„thung so lange für sich hat, bis der andere das Gegen-„theil beweiset.«

Kori *):

„Aus Nichtereignissen .... entstehen in der Regel „keine Rechte und Verbindlichkeiten; wo sie aber durch Ge-„setz oder Willenserklärung der Privatpersonen zur Bedin-„gung eines Rechtes gemacht werden, kann dieß nicht an-„ders geschehen als durch Bezeichnung eines speciellen Er-„eignisses, welches, wenn es eintritt, das Rechtsverhältniß „aufheben oder abändern soll. Der Nichteintritt eines „solchen Ereignisses liegt dann schon in dem bisheri-„gen Zustande der Dinge, von welchem jene Gesetze oder „Privatwillenserklärungen ausgingen, und bedarf, weil „dessen Veränderung nicht vermuthet wird, des Bewei-„ses nicht, sondern erst der Eintritt des bezeichneten Er-„eignisses ist Gegenstand der äußeren Wahrnehmung und „des menschlichen Zeugnisses“ **).

---

uns ein ausgezeichneter Praktiker (Hr. Appell. Rath. Kitka in seiner Beweislehre. Wien 1836. S. 40.) versichert, in der Praxis noch gegenwärtig in einem ziemlich großen Ansehen steht.

*) Über die Regel: „affirmanti incumbit probatio“ vornehmlich als Widerlegung der Weber'schen Erklärung derselben; — im Archiv für die civ. Praxis. VIII. Band. St. III.

**) Dem aufmerksamen Leser wird es nicht entgehen, wie nahe diese glückliche Bemerkung Koris mit Demjenigen zusammentrifft, was oben bei den (§. 17 bis 20) angestellten Untersuchungen zum Vorschein kam.

Globig (J. E. a.) *):

. . . . qui affirmat, plus assumit et pro vero habet, quam qui negat, itaque in dubio nihil factum esse credendum est. Unde nata est regula: Affirmanti incumbit probatio, nisi juvetur alia praesumtione, ipsum hoc onere levante.

An dieser Stelle sind noch zwei ausgezeichnete Rechtslehrer zu erwähnen, welche hieher zu gehören scheinen, obgleich sie in der Hauptsache vielmehr dem Weber'schen Principe folgen. Ich meine unseren hochverdienten Schuster, dessen Ansicht später umständlich gewürdigt werden soll; und Bethmann-Hollweg**), welcher an die Spitze der Lehre von der Last des Beweises den Satz: Affirmanti, non neganti incumbit probatio hinstellt, aber einen von dem gewöhnlichen weit abweichenden Sinn mit demselben verbindet; indem er ihn nicht auf die einzelnen Behauptungen der Parteien sondern auf die Rechtsverhältnisse selbst ganz im Allgemeinen angewendet wissen will. Wer ein gewisses Recht vor Gericht geltend macht, oder zu haben behauptet, der müsse dessen Daseyn beweisen, nicht der Gegner, der es läugnet, dessen Nichtdasein; denn jener bejahe und dieser läugne nur. Dieß gelte vor Allem von dem Klagerechte, dessen Daseyn der Kläger darthun müsse, da er es behauptet, nicht der Beklagte, der es nur läugnet.

*) Censura rei judicialis Europae etc. Lipsiae et Dresdae 1820, 1822. P. II. p. 22. .

**) S. dessen mehrm. erwähnten Aufsatz: Über die Beweislast; in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses. Berl. und Stett. 1827.

Eben so verhalte es sich mit der wahren **exceptio** und **duplicatio** des Geklagten, natürlich also auch mit der **replicatio** des Klägers *). Diese Regel gelte auch dann, wenn zu den factischen Bedingungen jenes Rechtes eine Negative gehört **).

Es ist schwer einzusehen, worin sich diese Regel von der Weber'schen unterscheiden soll. Bethmann-Hollweg gesteht selbst, daß sie „im Resultat" mit derselben übereinkommt; glaubt aber dem Ganzen mehr Zusammenhang und Evidenz dadurch verschafft zu haben, daß er die einzelnen Regeln über die Last des Beweises auf das allgemeine Princip: **Affirmanti incumbit probatio** zurückzuführen suchte. Das Unzulängliche dieses Versuches ist schon anderwärts ***) mit guten Gründen gezeigt worden. Nicht nur in Präjudicialfragen, sondern überall, wo von der Last des Beweises die Rede seyn kann, leiten beide Parteien aus direct entgegengesetzten Behauptungen ihre Ansprüche ab; der Eine, eine Forderung, der Andere, eine Befreiung. Wer soll dann beweisen? Was ist dann Klagegrund, was **exceptio**? — Man sieht, daß wir hier unvermeidlich denselben Anständen begegnen, welche die Untauglichkeit des Weber'schen Princips an den Tag gebracht haben. Der ausgezeichnete Scharfsinn, womit Bethmann-Hollweg seine Ansicht nach verschiedenen Seiten hin mit den schroffen Absprüngen der Wirklichkeit auszugleichen strebt, vermag nichts gegen die, in der ersten Abtheilung des vorliegenden Versuches, gegen die Sache selbst erhobenen Bedenken, welche durch das neue Kleid dem

*) A. a. O. S. 338.

**) Eben da. S. 340.

***) Heffter a. a. O. S. 259.

Auge entrückt, aber lange nicht hinweggeräumt sind. — Wir wollen also den Satz: affirmanti, non neganti incumbit probatio fortan in dem herkömmlichen Sinne genommen, und lediglich auf die einzelnen Behauptungen der Parteien bezogen wissen; und gehen nun daran, denselben etwas genauer zu prüfen.

## §. 23.

**Der Satz: affirmanti, non neganti incumbit probatio ist im römischen Rechte gegründet. — Die dawider angeführten Stellen beweisen nicht das Gegentheil.**

Die Vertheidiger dieser Regel scheinen ganz recht daran zu seyn, wenn sie dieselbe als eine positive Norm des römischen Rechtes geltend machen wollen, und sich deßhalb vor allem Anderen auf das **Fr. 2. Dig. De prob.** (22. 3.) berufen. Es ist nämlich mehr als wahrscheinlich, daß Paulus mit den Worten: **Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat** nichts Anderes sagen wollte, als: **Ei incumbit probatio, qui affirmat, non qui negat.** Denn **dicere** bedeutet nach dem gemeinen, insonderheit aber nach dem juridischen Sprachgebrauche das Bejahen eines speciellen Umstandes. Dieß beweist das **Fr. 18 et 19. pr. et §. 1. Dig. h. t. — Nov. 72. cap. III.** — noch zuverlässiger aber das **Fr. 18. Dig. De aedil. edicto (21, 1.)**, wo **dicere** und **adfirmare** abwechselnd in demselben Sinne gebraucht wird. *)

*) „Dicere pro affirmare, adseverare; Dicere enim adfirmare est;“ sagt Brissonius — De verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione. Halae, Magd. 1743. — Vergl. auch Calvini Lexicum juridicum,“ verbo: dicere.

Daß Paulus das erstere Wort gerade in dieser Bedeutung (als affirmare) genommen habe, zeigt der Umstand, daß er es dem negare entgegengestellt, ganz auf dieselbe Weise, wie in einer eben so berühmten Stelle des Codex der adseverans factum dem negans gegenübergehalten wird *). In grammatikalischer Hinsicht scheint wirklich Alles für diese Auslegung zu sprechen, zu welcher sich auch eine überwiegende Majorität des juridischen Publicums um so zuversichtlicher bekannte, da an verschiedenen Orten des römischen Rechtes der Grundsatz: **factum negantis per rerum naturam nullam esse probationem** auf das Bestimmteste ausgesprochen ist **).

Man hat zwar dagegen eine ganze Reihe von Fällen herausgehoben, in welchen die römischen Gesetze den Beweis einer Verneinung demjenigen aufzulegen scheinen, der sich darauf gründet; und hierdurch sollte die Behauptung gerechtfertigt werden, daß die römischen Rechtsbücher das Princip: **affirmanti, non neganti incumbit probatio** nicht anerkennen. Die Stellen, welche gewöhnlich als hieher gehörig angeführt werden, sind: **Fr.** 5, 15, 17 und 25. **pr. Dig. h. t.** — **L.** 5. **§.** 1 und **L.** 11. et 14. **Cod. h. t.** — **Fr.** 10. **Dig. De verb. oblig.** (45, 1.) — **L.** 5. **Cod. De In-**

---

*) **L. 10. Cod. De non numer. pec.** (4, 30.) ..... cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ab hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.

**) Siehe oben §. 10. dann Kori a. a. O.

jur. (9, 35.) — L. 13. Cod. De non num. pec. (4, 30.) und L. 5. Cod. De codic. (6, 36.) *).

Wenn man aber diese Stellen näher ins Auge faßt, so zeigt sich, daß sie mit jenem Principe durchaus nicht im Widerspruche stehen. Um dies vollkommen einzusehen, muß man sich freilich die wahre Bedeutung der Regel: **affirmanti, non neganti incumbit probatio** gegenwärtig halten. Dieselbe will nämlich nur so viel sagen: Wenn beide Parteien über einen und denselben entscheidenden und ungewissen Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Behauptungen vorbringen, so liegt dem bejahenden, nicht dem verneinenden Theile die Verbindlichkeit ob, den ersten oder Vorbeweis herzustellen. — Ganz anders ist es mit dem eigentlichen Gegenbeweise und mit jenem Analogon des Gegenbeweises, welches gegen eine Vermuthung angewendet wird; denn diese Beweise muß auch der Verneinende jederzeit übernehmen, wenn die von ihm widersprochene Bejahung entweder schon erwiesen, oder in Folge einer speciellen gesetzlichen Vermuthung auch ohne Beweis für wahr zu halten ist. Der Satz, daß der Bejahende beweisen müsse, bezieht sich also nur auf den Vorbeweis. Die richtige Anwendung desselben setzt ferner eine genaue Unterscheidung realbejahender und realverneinender Behauptungen voraus. Nur die Ersteren verpflichten zum Vorbeweise, nur die Letzteren befreien von der Last desselben; und es kann also sehr wohl geschehen, daß unbeschadet unserer Regel derjenige Streit-

---

*) Weber a. a. O. S. 139; und Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. 21. Thl. 2. Abtheilung. §. 1144.

theil, welcher blos zu verneinen scheint, den Vorbeweis über seine scheinbare Verneinung herstellen muß, weil dieselbe in Wahrheit dennoch eine Bejahung ist. — Geht man nun die eben erwähnten Stellen des römischen Rechtes durch, so findet sich, daß keine derselben einen ersten oder sogenannten Vorbeweis über einen realverneinenden Satz auferlege. Vielmehr ist darin entweder 1) von einem bloßen Gegenbeweise, oder 2) von einem Analogon des Gegenbeweises wider eine vorliegende Vermuthung, oder endlich 3) von dem Vorbeweise über eine blos scheinbare Negative die Rede, welche in der That eine wahre Bejahung in sich schließt; kurz über eine Behauptung, welche die Älteren **negativa praegnans** zu nennen pflegten.

Die Rechtfertigung dieser Bemerkung *) scheint, auf dem Standpuncte des römischen Rechtes wenigstens, der größte Triumph für die Vertheidiger der alten Theorie zu seyn; und da mit derselben ein besonders helles Licht über einige noch dunkle Partien unserer Materie verbreitet wird, so möge hier die Andeutung des Allgemeinsten seinen Platz finden, wobei wir die zu beurtheilenden Fälle nach den drei angegebenen Gesichtspuncten einreihen.

1) Einen eigentlichen Gegenbeweis legt:

a) Die **L. 13. cod. De non num. pec.** (4, 30.) dem Aussteller eines Schuldscheines über die Behauptung auf, daß das Geld nicht zugezählt worden sey. Denn in diesem Falle hat

---

*) Sie ist schon von Klötzer, mit größerem Glück aber von Kori a. a. O. versucht worden.

der Gläubiger schon durch die vorgelegte Schuldurkunde über die geschehene Zuzählung vollen Beweis hergestellt, und dieser Beweis muß nun durch den Gegenbeweis über die fälschlich sogenannte **exceptio non num. pec.** zerstört werden.

b) Einen ähnlichen Fall behandelt das **Fr. 15. Dig. De prob.** (22, 3.) — Es hatten nämlich die Brüder eines Verstorbenen einen Fremden, welcher sich für den Sohn des Erblassers ausgab, als solchen dadurch anerkannt, daß sie ihm in dieser Eigenschaft (als Sohn und Erben) über jene Beträge quittirten, welche er ihnen im angeblichen Auftrage des Erblassers ausgezahlt hatte. — Das Gesetz legt nun zwar den Brüdern, wenn sie das Recht des Eindringlings bestreiten wollen, den Beweis der Negative auf, daß er der Sohn des Erblassers nicht sey. Allein offenbar ist dies ein bloßer Gegenbeweis zur Entkräftung der, in der früher ausgestellten Quittung enthaltenen Anerkenung seines **status (propter emissam manum ab eis).**

2) Ein Analogon des Gegenbeweises (nämlich zur Entkräftung einer Vermuthung) liegt:

a) Demjenigen ob, welcher behauptet, eine Nichtschuld gezahlt zu haben. Dieser muß das **indebitum** gegen den Empfänger beweisen, weil dieser im Besitze ist, und folglich die natürliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat; eine Ansicht, welche die Gesetze selbst ausdrücklich mit den Worten bestättigen: **Praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat...... et ideo cum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum**

accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum *).

b) Wenn es sich um solche Befugnisse handelt, welche zu den gemeinen Rechten gehören, von denen aber gewisse Personen durch besondere Vorschriften ausgeschlossen sind: so muß die Partei, welche behauptet, daß ihr Gegner zu diesen ausgeschlossenen Personen gehört (prohibitum esse specialiter lege vel constitutione), diesen Umstand beweisen, denn der Gegner hat die Regel, die Vermuthung für sich **).

c) Im Allgemeinen streitet die Vermuthung immer für die Giltigkeit eines Rechtsgeschäftes, und zwar um so mehr, wenn jemand eine Handlung bestreiten will, welche er durch den Vollzug selbst anerkannt hat. Dieser muß also die Ungiltigkeit des Geschäftes beweisen, auch wenn dies nur durch eine

*) Fr. 25. Dig. De prob. et praes. (22, 3.) Vergl. Glück: Erläuterungen der Pandekten 21. Theil. 2. Abtheilung. §. 1144. und 13. Theil S. 112 — 119. Die Ausnahmen von der Regel, daß der Zurückfordernde die Nichtschuld beweisen müsse, beruhen, wie Glück selbst bemerkt, auf entgegengesetzten stärkeren Vermuthungen.

**) Fr. 5. Dig. De prob. (22, 3.) Ab ea parte, quae dicit, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Vergl. Weber a. a. O. S. 19. — Glück: Erläuterungen a. a. O. S. 261. — Fischer: Beiträge zu der Lehre vom rechtlichen Beweise in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit. Jahrgang 1832. Nr. II. Von der Beweislast über die pers. Fähigkeit oder Unfähigkeit zu einem Rechtsgeschäfte.

probatio negativae geschehen könnte, was übrigens bei weitem nicht immer der Fall ist *).

d) Mit Bezug auf die beiden vorausgeschickten Grundsätze läßt sich ganz wohl erklären, warum der Intestaterbe beweisen muß, wenn derselbe gegen den im Testamente eingesetzten Erben unter dem Vorwande auftritt, daß bei Errichtung des Testamentes eine wesentliche, an dem Instrumente nicht äußerlich sichtbare, Förmlichkeit (z. B. die gleichzeitige Gegenwart der Zeugen) fehlte, oder daß es dem heres institutus an der Erbfähigkeit mangle **), wobei freilich nicht nothwendig der Fall einer probatio negativae eintritt.

e) Wer ein Testament aus dem Grunde bestreitet, weil der Testator sich nicht im freien Gebrauche seiner Geisteskräfte befunden habe, muß seine Behauptung beweisen; denn auch für die testamenti factio activa streitet die Vermuthung ***).

---

*) Fr. 5. §. 1. Dig. De prob. et praes. (22, 3.): Si quis negat, emancipationem rite factam, probationem ipsum praestare debere. — Conf. fr. 30. Dig. De verb. oblig. (45, 1.): Sciendum est generaliter, (quod) si quis fidejussisse se scripserit, videri omnia solenniter acta. — Gleichen Inhaltes sind: §. ult. Inst. De fidej. (3, 21.) und L. 14. Cod. De contrah. et committ. stipul. (8, 38.) Vergleiche auch die interessanten Bemerkungen von Borst a. a. O. S. 92. u. f.; dann Glück's Erläuterungen a. a. O.

**) L. 11. Cod. De probat. (4, 19.) Si scriptum heredem ab amita tua vel de testamenti vitio vel quacunque alia causa non posse obtinere hereditatem, a te probari posse confidis, de hac hereditate agere potes.

***) L. 5. Cod. De codicill. (6, 36.) Ne codicillos quidem furentem posse facere, certissimi juris est. Si igitur

f) Für die Kinder, welche von einer Ehegattin innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes nach Eingehung oder Auflösung der Ehe geboren worden sind, streitet die Vermuthung der ehelichen Geburt *). Nichts natürlicher also, als daß dem Ehegatten, welcher die Vaterschaft zu einem solchen Kinde läugnet, der Beweis aufgelegt wird, daß er der Vater nicht sey **).

g) Wer gegen einen Anderen Äußerungen vorbringt, welche nach der natürlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange als Injurie auszulegen sind, muß sich diese Auslegung gefallen lassen; denn alle Auslegung beruht auf rechtlichen Vermuthungen. Behauptet er, jene Äußerungen nur im Scherze oder aus Irrthum vorgebracht zu haben; oder sucht er seine Rechtfertigung in dem Umstande, daß die gerügten Gebrechen in Wahrheit gegründet seyen: so wird von

---

scriptura velut codicillorum patris tui fuit prolata, ut aliquid ex hac peti possit: adseverationi tuae, mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse probare convenit.

*) Pater est, quem nuptiae demonstrant. Fr. 2. Dig. De in jus voc. (2. 4.) — Fr. 6 Dig. De his, qui sui (1, 6.) — §. 138. d. a. b. G. B.

**) L. 14. Cod. De prob. (4, 19.) Non nudis adseverationibus nec ementita professione (licet utrique consentiant) sed matrimonio legitime concepti vel adoptione solenni filii civili jure patri constituuntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse (probare) confidis: per te vel per procuratorem adfirmationem ejus falsam detege. — §. 158. des a. b. G. B.

ihm mit Recht der Beweis über den Mangel des animus injuriandi gefordert *).

3) Der Beweis einer nur scheinbaren Negative, welche eine wahre Bejahung in sich enthält, wird

a) von dem Erben verlangt, welcher die vollständige Auszahlung der angeordneten Legate aus dem Grunde verweigert, weil ihm nicht einmal der vierte Theil der Verlassenschaft übrig blieb **). Denn der Erbe hat in diesem Falle nichts anderes als die Größe des vorhandenen Nachlasses, mithin ein factum im eigentlichen Sinne, und den Gesammt betrag der Vermächtnisse, ebenfalls ein eigentliches factum darzuthun. Die Vergleichung dieser beiden Größen, welche der Richter selbst nach den Regeln der Rechenkunst vorzunehmen oder doch zu beurtheilen hat, wird es von selbst ausweisen, ob die Legate den Viertheil der Verlassenschaft übersteigen oder nicht, und ob also einem Abzuge Statt zu geben sey. Hier ist überall vom Beweise einer wahren Negative keine Rede ***).

b) Daß in dem bekannten Fr. 10. Dig. De verb. oblig. (45, 1.) nur der Beweis gefordert werde, daß L. Titus vor

---

*) L. 5. Cod. De Injur. (9, 35.) Si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse, probare potes; fides veri a calumnia te defendit.

**) Fr. 17. Dig. De prob. (22, 3.) Cum de lege Falcidia quaeritur, haeredis probatio est, locum habere legem Falcidiam; quod dum probare non potest, merito condemnabitur.

***) Vergl. Gmelin's und Elsässer's gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 4. Bd. S. 257. — und Klötzer a. a. O.

dem 1. Mai nach Italien nicht kommen **kann**, wo es sich also wieder um positive Hindernisse, um eigentliche Facta handelt, habe ich bei einer andern Gelegenheit zu zeigen versucht. (§. 17.)

Alle diese Fälle, in welchen scheinbar der Beweis eines negativen Satzes gefordert wird, sind also, vom richtigen Standpunkte aufgefaßt, sehr schlecht geeignet, die Behauptung zu rechtfertigen, als ob die Regel: **affirmanti, non neganti incumbit probatio** den römischen Gesetzbüchern fremd, und der Ansicht ihrer Verfasser zuwider gewesen wäre. Vielmehr gewährt uns die vorurtheilsfreie Betrachtung dieser speciellen Entscheidungen eine hellere Einsicht in das Wesen jener Regel, welche sich durch eine so natürliche Auslegung des **Fr. 2. Dig. De prob.** (22, 3.) ergibt, und durch den öfter wiederholten Satz: **per rerum naturam negantis probatio nulla est** glänzend bestätiget wird.

Ein völlig unzweideutiger Ausspruch des römischen Gesetzes würde freilich ein noch größeres Gewicht in die Wagschale unseres hier vertheidigten Principes legen; — Inzwischen handelt es sich hier zunächst nicht darum, ob jenes Princip im römischen Rechte gegründet sey, sondern vielmehr darum, ob es, an und für sich betrachtet, mit einer klaren und vernünftigen Vorstellung von der Verbindlichkeit zur Beweisführung harmonire? Und diese Frage soll nun ihre Beantwortung finden.

## §. 24.

**Der Grund dieser Regel liegt nicht in der Unmöglichkeit des Beweises negativer Behauptungen.**

Wenn man nach den Gründen fragt, welche, abgesehen von positiven Normen, aus der Philosophie des Beweises zur Rechtfertigung unseres Principes angegeben werden, so stößt man überall nur auf die alte Fabel von der Unmöglichkeit des Beweises negativer Sätze, womit denn freilich der Sache ein kurzes Ende bereitet wäre. Die Glosse des Accursius gibt schon in diesem Sinne die Meinung des Irnerius: **Quod affirmatur, est, et ita potest probari per differentias et species. Sed illud, quod negatur, non est, et sic non potest probari, cum non habeat species et differentias.** An Nachbethern hat es nicht gefehlt. So läßt sich noch Noodt*) in demselben Tone scholastischer Spitzfindigkeit vernehmen, wenn er sagt: **Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est. Verissime; quid enim est negatio? nihil. Atqui, quod non est, probari i. e. monstrari nulla via potest.** Und bis in die neueste Zeit ist man nicht müde geworden zu wiederholen **): Der Beweis stütze sich auf Erfahrung. Das Nichtgeschehene, das Non-Factum, sey ein leeres Nichts, mithin kein Gegen-

*) Commentarius in libros XXVII. Dig. in ejus operibus. T. II. Lugd. Bat. 1735. L. 22. T. 3.

**) Die ziemlich späten Versuche Klötzer's erinnern nur allzusehr an jene Scheinweisheit der Älteren.

stand der Erfahrung, und könne demnach auch nicht bewiesen werden.

Dieses Raisonnement, von welchem man ungescheut behaupten kann, daß es der ganzen Lehre in mehr als einer Beziehung verderblich geworden ist, geht von einem groben Mißverständnisse aus. Denn wenn auch der Beweis im Civilprocesse auf Erfahrung beruht, und folglich sich unmittelbar auf sinnliche Wahrnehmung beziehen muß, so ist dieß doch keineswegs so zu verstehen, als ob auch das entferntere Object des Beweises immer etwas sinnlich Wahrnehmbares seyn müßte. Das Letztere kann sehr wohl ein Solches seyn, welches sich den Sinnen gänzlich entzieht, und dieser Fall tritt häufig auch bei solchen Momenten ein, welche unter den Begriff des Factum's gehören, wo es sich also gar nicht um den Beweis einer Negative, sondern um eine positive Behauptung handelt. Es wird ja täglich der Beweis über die Vaterschaft, über den Preis einer Sache und dergleichen in den Gerichten aufgetragen, obgleich der Umstand, daß die Erzeugung des Kindes mit der Beiwohnung eines bestimmten Mannes im Causalzusammenhange stehe, eben so wenig augenfällig oder handgreiflich ist, als die Verwendbarkeit einer Sache zu menschlichen Zwecken, welche in dem bestimmten Geldpreise ausgesprochen werden soll. — Ganz auf gleiche Weise verhält es sich auch mit dem, was man Non-Factum nennt. Denn der Nichteintritt einer Ereignung selbst ist zwar kein wirkliches Ding, und folglich auch kein unmittelbarer Gegenstand der sinnlichen Wahrnehmung; er wird aber dessen ungeachtet durch die sinnlich erkennbare Fortdauer des vorigen Zustandes, oder durch den ebenfalls augenfälligen Eintritt einer ganz anderen Veränderung begriffen, und stellt also allerdings ein mittelba-

res Object der Erfahrung und des Beweises vor *). Dieser Wahrheit konnten sich selbst die verstocktesten Bekenner der Unmöglichkeit des Beweises negativer Sätze nicht ganz entziehen. Sogar die Verfasser des canonischen Rechtes ließen sich zu Concessionen herbei, und beschränkten ihre Behauptung auf den directen Beweis der Negative; ja sie gaben ausdrücklich zu, daß jede Verneinung ohne Unterschied durch das Geständniß (also auch durch Urkunden und Eide, insoferne sie die Natur von Geständnissen an sich haben) bewiesen werden können **). Die Glossatoren zeichneten eine Reihe von Fällen aus, in welchen die probatia negativae regelmäßig Statt finden sollte; und endlich fiel es doch auf (was man unbegreiflicher Weise so lange übersehen hatte), daß ja der Gegenbeweis und der Beweis zur Entkräftung einer Vermuthung in den Gerichten täglich über eigentliche Negativen aufgetragen und geliefert werden, womit die Ausführbarkeit der probatio negativae durch die That demonstrirt ist.

---

*) Die Behauptung, daß das Nichtgeschehene identisch sey mit dem unveränderten Zustande (warum nicht auch mit einem, durch ein anderes Factum veränderten Zustande?), und daß es deßhalb selbst Realität habe (S. Wagner's Vorbegriffe u. s. w. §. 8), dürfte doch wohl kaum zu rechtfertigen seyn. Ein eigentliches Nichts kann freilich in der Sinnenwelt nicht vorkommen; aber wer behauptet denn, daß das Nichtgeschehene in rerum natura wirklich existire? (Vergl. ebenda Note) *).

**) Cap. 1. S. D. De confess. — Sieh insbesondere Böhmer. Jus eccles. protest. T. I. P. II. lib. 2. lit. 19., wo diese Materie im Gegensatze zu den damals so beliebten Subtilitäten mit wohlthuender Klarheit behandelt wird.

Die einst so warm und laut vertheidigte Behauptung der Unmöglichkeit, verneinende Sätze zu beweisen, ward somit auf die bescheidene Bemerkung herabgesetzt, daß der Beweis über eine **negativa** (insbesondere über die so genannte **negativa facti indefiniti**, welche nicht durch Angabe der Zeit und des Ortes bestimmt ist) in manchen Fällen schwer oder gar nicht auszuführen sey. Diese theilweise Schwierigkeit und Unmöglichkeit des Beweises verneinender Sätze ist aber durchaus nichts denselben Eigenthümliches, sondern kommt auch bei positiven Sätzen vor *). Sie ist also gewiß kein haltbarer Grund, um Denjenigen, welcher eine **negativa** behauptet, von der Last des Beweises frei zu sprechen.

Den classischen Juristen des Alterthums ist es auch niemals in den Sinn gekommen, sich bei der Vertheilung der Beweislast (sowie es die späteren Canonisten thaten) auf diesen losen Grund zu stützen. Der Satz: **quia negantis probatio nulla est**, auf welchen sie sich wiederholt berufen, heißt gar nicht, daß ein negativer Satz nicht bewiesen werden könne, sondern daß er keines Beweises bedürfe (**quod factum neganti probatio non incumbit**, wie es das **Fr. 2. Dig. De prob.** aussagt); es will damit nur soviel gesagt seyn, daß eine realnegative Behauptung auch ohne allen Beweis so lange als richtig angenommen werden müsse, bis das Gegentheil erwiesen ist: kurz, daß jede Negative vermuthet werde.

*) Wie oft ist man nicht in Verlegenheit, die allereinfachsten Begebenheiten, als: die Geburt, den Tod, die Verehelichung eines Menschen, die Zuzählung einer Summe Geldes und dergleichen zu beweisen.

## §. 25.

**Die Regel: affirmanti, non neganti incumbit probatio gründet sich auf die Theorie der Wahrscheinlichkeit. — Für jeden realverneinenden Satz, welcher keine Bejahung einschließt, streitet die Vermuthung.**

Diese natürliche Vermuthung, welche für den negans factum streitet, hat niemals rechte Anerkennung finden wollen. Dennoch läßt sich nachweisen, daß sie nicht nur in der Natur der Sache gegründet, sondern auch wirklich der einzige und vollkommen ausreichende Grund unserer Regel ist, und daß die dagegen erhobenen Bedenken nur auf Mißverständnissen beruhen.

Man meint zwar in dem Falle, daß auf der einen Seite ein Factum (im strengen Sinne) ohne Beweis behauptet, und auf der anderen Seite ebenfalls einfach widersprochen (mithin ein Non-Factum behauptet) wird, sey gar kein Grund vorhanden, gerade das Non-Factum für wahrscheinlicher zu halten, zu glauben, daß die Ereignung nicht eingetreten sey. Man sagt, sowohl die Affirmativa als die entgegengesetzte Negativa sey möglich, keine habe eine rechtliche Vermuthung für sich, und der Richter dürfe, nach dem Principe der Gleichhaltung beider Parteien, der unbewiesenen Angabe des Einen keinen größeren Glauben schenken als der gleichfalls unbewiesenen Angabe des Andern. Daher werde die unbewiesene Affirmativa durch die ihr entgegengesetzte, gleichfalls unbewiesene Negativa zwar aufgewogen, aber nicht überwogen *).

*) Fischer: Beiträge zu der Lehre vom rechtlichen Beweise in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrte Jahrg. 1832. —

Allein dieses Raisonnement beruht auf einem unverzeihlichen Trugschlusse, in welchem von der gleichen Möglichkeit zweier Sätze auf die gleiche Wahrscheinlichkeit derselben eine Consequenz gezogen werden will. Daß aber dieß nicht angeht, sollte jeder Schüler der Logik wissen. — Wenn gleich der Eintritt und der Nichteintritt einer Ereignung möglich ist; wenn gleich der realbejahende Satz des Behauptenden möglicher Weise ebensowohl der Wahrheit entsprechen kann, als der realverneinende Satz des Widersprechenden: so muß doch in Abrede gestellt werden, daß auch auf beiden Seiten derselbe Grad der Wahrscheinlichkeit eintrete. Denn es liegt in der Natur und in dem verschiedenen Umfange der positiven und negativen Sätze ein sehr gewichtiger und allgemein giltiger Grund, welcher uns bestimmen muß, die Letzteren, in der Regel wenigstens, für wahrscheinlicher zu halten als die Ersteren.

In der Theorie der Wahrscheinlichkeit wird es von Mathematikern und Philosophen als ein ausgemachtes Gesetz anerkannt: daß sich die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Ereignung zur Gewißheit verhalte, wie die Anzahl der Fälle, in welchen gerade diese Ereignung eintreten muß, zu der Anzahl aller möglichen Fälle *); und wir richten nach diesem Gesetze im gemeinen Leben überall unsere Probabilitäts-Rechnungen ein.

---

Mater. II. Bd. S. 32. — Weber a. a. O. p. 94. — Feuerlein: Versuch einer Theorie der Vermuthungen, in Gönner's Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums. 1. H. 1811.

*) Moses Mendelssohns philosophische Schriften. Reuttlingen 1790. II. Thl. S. 250.

Wenn ich in eine Glücksurne greife, worin sich 90 Lose mit 3 Treffern und 87 Nieten befinden, so muß ich es offenbar für viel wahrscheinlicher halten, daß ich eine von den nichts gewinnenden Nummern, als daß ich einen Treffer heben werde. Wollte ich über den Erfolg des Spieles in vorhinein eine Wette auf gleichen Satz eingehen, so wäre ich augenscheinlich im Nachtheil; denn meine Behauptung, daß ich einen Treffer ziehen werde, verdient verhältnißmäßig viel geringeren Glauben als die meines Gegners, welcher das Gegentheil erwartet. Die Wahrscheinlichkeit der Ersteren verhält sich nämlich zur Gewißheit nur wie 3 : 90; die Wahrscheinlichkeit der Letzteren hingegen wie 87 : 90.

Wenn Jemand in einer Gesellschaft von 1000 Personen bestohlen worden ist, und nun auf mein argloses Geständniß, unter jener Gesellschaft gewesen zu seyn, mich als den Dieb seines Eigenthums belangen wollte, ohne einen anderen Verdachtsgrund als den meiner gleichzeitigen Gegenwart an dem Orte des Diebstahls vorbringen zu können: so würde gewiß jeder Unbefangene meiner Behauptung, der Dieb nicht zu seyn, viel eher Glauben schenken als der Anschuldigung meines Gegners. Denn es sind hier überhaupt 1000 Fälle möglich, weil jede von den anwesenden Personen den Diebstahl begangen haben kann. Mein Gegner nimmt ohne weiteren Grund den einzelnen, ganz bestimmten Fall als richtig an, daß gerade i ch von 1000 Personen den Diebstahl begangen habe; und die Wahrscheinlichkeit seiner Behauptung verhält sich also zur Gewißheit nur wie 1 : 1000. — Dagegen behaupte i ch, daß irgend eine andere von den anwesenden Personen sich des in Frage stehenden Vergehens schuldig gemacht habe. Da außer mir noch 999 Personen zugegen waren, von welchen ich keine speciell bezeichne, so verhält sich die Wahrscheinlichkeit

meiner Behauptung zur Gewißheit wie 999:1000. — Die Behauptung meines Gegners beschränkt sich auf einen einzigen von 1000 möglichen Fällen, während meine Behauptung 999 derselben umfaßt. Die Wahrscheinlichkeit der Ersteren verhält sich also zur Wahrscheinlichkeit der Letzteren wie 1:999.

Und so ist überall, wo Mehrere in ein und derselben Beziehung Verschiedenes behaupten, jene Behauptung die wahrscheinlichere, welche die meisten der an sich möglichen Fälle umfaßt; mithin jene, welche den größeren Umfang hat.

Sind nun gar in einer gewissen Beziehung unendlich viele Fälle möglich, und behauptet Jemand den Eintritt eines einzigen, ganz bestimmten Falles: so verhält sich die Wahrscheinlichkeit seiner Behauptung zur Gewißheit, wie Eins zu einer unendlich großen Zahl; d. h. der von ihm vertheidigte Satz ist höchst unwahrscheinlich. — Behauptet ein Zweiter, daß nicht jener einzelne, ganz bestimmte Fall, sondern irgend ein anderer von den unendlich vielen Fällen, unbestimmt welcher eingetreten sey: so ist diese Behauptung im Verhältniß zu der vorigen höchst wahrscheinlich. Die Wahrscheinlichkeit derselben verhält sich nämlich zur Gewißheit, wie eine unendlich große Zahl weniger Eins zu einer unendlich großen Zahl. — Man sieht, daß hier ein realbejahender Satz einem realverneinenden gegenüberstehe, und daß die Wahrscheinlichkeit des Ersteren zu der des Letzteren sich verhalte, wie Eins zu einer unendlich großen Zahl weniger Eins.

Dasselbe Verhältniß wird immer zwischen zwei contradictorisch entgegengesetzten Sätzen Statt finden, wenn anders der verneinende Satz nicht ausnahmsweise eine Bejahung in sich schließt, wovon wir später reden werden. Denn das Feld der Möglichkeit schließt regelmäßig eine unendliche Zahl von Kreisen ein; und es lassen sich in ein und dersel-

den Beziehung eben so viele Sätze denken als Sphären sind, in welche das Subject versetzt werden kann. Da nun der realbejahende Satz das Subject in eine bestimmte, genau begrenzte Sphäre versetzt, und einen einzigen von allen unendlich vielen möglichen Fällen als wirklich annimmt: so hat er auch den möglichst kleinen Umfang, und folglich auch den geringsten Grad von Wahrscheinlichkeit. — Dagegen will der realverneinende Satz das Subject lediglich von einem gewissen Kreise ausgeschlossen wissen, ohne weiter anzugeben, in welche andere Sphäre es zu setzen sey. Von einer unendlichen Anzahl von möglichen Fällen widerspricht der Verneinende nur einen einzelnen ganz bestimmten, ohne näher anzugeben, welcher andere Fall wirklich eingetreten sey. Ein negativer Satz umfaßt eine verhältnißmäßig sehr bedeutende Anzahl von Möglichkeiten; er hat, gegen den affirmativen gehalten, einen bei weitem größeren Umfang, folglich auch einen viel höheren Grad von Wahrscheinlichkeit *).

Ich glaube kaum, daß unsere Widersacher gegen diese aus der Natur unseres Denkvermögens entwickelte Ansicht et-

*) Diese Verschiedenheit des Umfanges bejahender und verneinender Sätze ist den Logikern nicht entgangen. Vergl. Krug's Logik, §. 64; dann §. 38 Anmerkung 3 . . . . „soll ich einen Gegenstand als nichtdreieckig oder „als nichtroth denken, so kann ich ihn nicht bloß als „vier-, fünf-, sechs-, siebeneckig u. s. w. oder als grün, „gelb, blau u. s. w. denken, sondern ich kann ihn auch „unter die Dinge versetzen, die weder Ecken noch Farben „haben, weil durch eine bloße Negation (d. h. eine sol„che, die nicht etwa eine Position involvirt) der Gegen„stand nur aus einer gewissen Sphäre herausgerissen, aber „in keine andere versetzt wird.“

was einzuwenden haben. Sie werden ihre Behauptung zurücknehmen müssen, als ob der Richter keinen Grund hätte, der unbewiesenen Angabe des Einen einen größeren Glauben zu schenken, als der gleichfalls unbewiesenen Angabe des Andern. Sie werden nicht umhin können, denjenigen beizutreten, welche lehren, daß in der Regel jede realverneinende Behauptung ihrer Natur nach wahrscheinlicher sey, als die ihr entgegengesetzte realbejahende, und daß also der **negans** (im eigentlichen Sinne) eine natürliche Vermuthung für sich habe, welche ihn vom (Vor=) Beweise befreit, und welche in dem obersten Grundsatze von der Beweislast, in den Worten: **negantis probatio nulla est** ganz richtig angedeutet wird *).

---

*) Daß die Richtigkeit dieser Ansicht von jeher sehr lebhaft gefühlt wurde, zeigt die große Verbreitung des darauf gestützten Principes. Eine klare Darstellung und Begründung derselben, wie wir sie hier zu liefern versuchten, ist freilich nirgend zu finden. Dennoch hat schon Schneider in seiner vollst. Lehre vom recht. Beweise 2c. S. **424** Anmerk. **VI.** den wahren Gesichtspunct angegeben, indem er seine Regel von bejahenden und verneinenden Thatsätzen aus dem Principe der Wahrscheinlichkeit abgeleitet wissen will. „Denn," sagt er, „obgleich Alles in der Natur einem ewigen Wech„sel unterworfen ist, so ist doch die Wahrscheinlichkeit, daß „von den unendlich vielen möglichen Veränderungen des „Zustandes der Dinge sich irgend eine andere zugetragen habe, „weit größer als die, daß sich gerade diejenige, welche der „bejahende Thatsatz ausdrückt, zugetragen habe."— Eine ähnliche Andeutung macht Globig in seiner **Censura rei judicialis Europae. P. II. p. 22** mit den Worten: „**Qui „factum affirmat, plus assumit et pro vero habet quam „qui negat; itaque in dubio nihil factum esse creden–**

Der wahre und eigentliche Grund also, auf welchen sich die Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** stützt, ist demnach keineswegs in der Unmöglichkeit des Beweises negativer Sätze, sondern in der größeren Wahrscheinlichkeit zu suchen, welche realverneinenden Behauptungen im Gegensatz zu realbejahenden wegen ihres größeren Umfanges zu Statten kommt.

## §. 26.

### Wichtigkeit des Realkriteriums bejahender und verneinender Sätze bei Anwendung des obersten Grundsatzes der Beweislast.

Die inhaltschwere Frage, durch welche wir oben (§. 3) die höchste Aufgabe für jede Lehre von der Last des Beweises angedeutet haben, findet demnach bei uns im Geiste der alten oder klassischen Theorie folgende Beantwortung:

„Wenn beide Theile über einen und denselben Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Bestimmungen anführen, so hat in der Regel der Bejahende und nicht der Verneinende die Last des ersten oder Vorbeweises zu tragen *).“

---

„dum est. Unde nata est regula: Affirmanti incumbit „probatio.“

*) Wer unsere Aufgabe von der objectiven Seite nimmt, (oben §. 3.) muß die Regel so stellen: „Von den entgegengesetzten, über einen und denselben, an sich ungewissen und ent-

Die uralte Regel des Paulus: **Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat**, welche wir in dieser Paraphrase an die Spitze der Lehre von der Beweislast stellen, hat sich uns nach allen Seiten hin auf das Glänzendste bewährt. — Zum vollkommenen Verständnisse und zur richtigen Anwendung derselben genügt es, mit Beziehung auf die in der Einleitung ausgeführten Bemerkungen, die nachfolgenden Momente in Erinnerung zu bringen:

a) Unser oberster Grundsatz bestimmt nur, daß der Bejahende in der Regel den ersten oder Vorbeweis übernehmen müsse. — Daß auch der Verneinende in den Fall kommen könne, seine Negative zu beweisen, wenn über die entgegenstehende affirmative Behauptung bereits Beweis vorliegt, oder wenn die Affirmative von einer speciellen gesetzlichen Vermuthung unterstützt wird, versteht sich von selbst. In einem solchen Falle hat aber der **negans** keinen ersten, sondern nur einen Gegenbeweis oder ein Analogon des Gegenbeweises (zur Entkräftung der Vermuthung) herzustellen; und man kann nach unserer Vorstellungsweise gar nicht sagen, daß ihn die Last des Beweises treffe.

b) Der Satz: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** ist nur deßhalb der Spott unserer kritischen Zeit geworden, weil man denselben (unkritisch genug) im bloß for-

---

„scheidenden Moment der geschichtlichen Grundlage des „Processes angeführten Bestimmungen ist immer nur die „bejahende, nicht aber die verneinende Gegenstand der „Beweislast.“

mellen Sinne auffaßte, wodurch er freilich zu einer heillosen Plattheit herabsinkt. Wer den wahren Sinn dieser Regel verstehen, und davon mit Nutzen Gebrauch machen will, muß sich vorläufig eine genaue Kenntniß des Realkriteriums positiver und negativer Sätze verschaffen. Wir dürfen hier auf dasjenige verweisen, was wir hierüber in der Einleitung zu entwickeln versucht haben. Wenn es uns dort gelungen ist, die Begriffe von Factum und Non-Factum, von realbejahenden und realverneinenden Sätzen zur vollkommenen Klarheit zu entwickeln: so haben wir hierdurch das alte Princip der Beweislast gegen alle unpassenden Einstreuungen verwahrt, und mit dem klaren Verständniß auch die Anwendung desselben im Leben gesichert.

c) Nachdem das Realkriterium positiver und negativer Behauptungen auch auf jene Sätze paßt, welche sich nicht unmittelbar auf den Eintritt oder Nichteintritt einer Ereignung, sondern zunächst nur auf Eigenschaften und Verhältnisse der Zeit, des Raumes, der Quantität, Qualität u. s. w. beziehen (sieh oben §. 9): so erstreckt sich die Anwendbarkeit unseres Principes auch auf die Fälle, in welchen es sich bloß um derlei Eigenschaften und Verhältnisse handelt, und wo man sonst aus Unkenntniß des Gegenstandes gar keinen Unterschied zwischen Bejahung und Verneinung anerkennen wollte.

d) Die Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** findet selbst dann noch ihre Anwendung, wenn der in Betreff des streitigen Momentes eingelegte Widerspruch nicht contradictorisch (**per simplicem negationem**), sondern conträr (**per positionem alterius**) erfolgte. Denn obgleich in solchen Fällen beide Parteien in derselben Bezie-

hung realbejahende Behauptungen vorzubringen scheinen: so läßt sich doch leicht entdecken, daß die Eine derselben nichts Anderes als eine versteckte Verneinung sey, welche nach unserer Regel die Vermuthung für sich hat. (Siehe oben §. 9.)

## §. 27.

**Grenzen der Anwendbarkeit des Realkriteriums positiver und negativer Behauptungen. — Die Regel: Actori incumbit probatio ist ein unentbehrlicher Aushilfssatz für die Lehre von der Last des Beweises.**

e) Inzwischen hat die Anwendbarkeit unseres Realkriteriums und des darauf gebauten Principes dennoch eine natürliche Grenze, welche uns nöthiget, nach einem Aushilfssatze über die Vertheilung der Beweislast umzusehen. Die Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** beruht nämlich auf der Voraussetzung, daß eine bejahende und eine verneinende Behauptung sich in der Art gegenüber stehen, daß die bejahende den möglichst kleinen, die verneinende den möglichst weiten Umfang hat; denn eben dieses, allerdings als Regel geltende, Verhältniß des Umfanges begründet die Wahrscheinlichkeit der Negative, und die dafür streitende Vermuthung, welche den **negans factum** vom Beweise befreit. (§. 25.) — Nun gibt es aber Fälle, in welchen ausnahmsweise dieses Verhältniß nicht Statt findet. Wir haben oben (§. 9.) schon die Bemerkung gemacht, daß in manchen Beziehungen das Reich der Möglichkeit nur in zwei, gleich eng begrenzte Sphären, zerfällt, so daß Alles, was von der Einen ausgeschlossen wird, nothwendig in die Andere fallen muß. In solchen Fällen verschwindet der charakte-

ristische Unterschied bejahender und verneinender Sätze gänzlich. Denn, indem ich läugne, daß der in Frage stehende Gegenstand in die Sphäre **A** gehöre, behaupte ich zugleich, daß er in die eben so bestimmte Sphäre **B** zu setzen sey. Mein Widerspruch enthält die Behauptung eines ebenso bestimmten Factums wie die meines Gegners; mein verneinender Satz schließt in Wahrheit eine Bejahung in sich. Unter solchen Voraussetzungen, wo sich geradezu zwei positive Behauptungen schroff gegenüber stehen, kann natürlicher Weise weder unser Realkriterium, noch die darauf gegründete Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** in Anwendung kommen. Hieher gehört beispielsweise der bereits früher erwähnte Streit über die Frage, ob ein während der Ehe zugewachsenes Vermögen vom Manne, oder vom Weibe herrühre; oder der Fall, da ein Theil behauptet, das Verlassenschaftsvermögen genüge zur Auszahlung der angeordneten Vermächtnisse, während der Andere vorgibt, daß es den Betrag derselben nicht erreiche, u. s. w. Wer über unser Realkriterium im Klaren ist, wird im Geschäftsleben gar manchen ähnlichen Fällen begegnen, in welchen, da beide Theile der Sache nach bejahen, die Beweislast nach dem Unterschiede realbejahender und realverneinender Sätze offenbar nicht vertheilt werden kann.

f) In solchen Collisionsfällen helfen die positiven Gesetze größtentheils mit der Aufstellung specieller Vermuthungen nach; und wo dieß nicht geschehen ist, ergibt sich ein ganz nahe liegendes, in der Natur des Civilprocesses gegründetes Auskunftsmittel. Denn, wenn die Behauptungen beider Parteien den Charakter von realbejahenden Sätzen haben, und wenn der Richter sonach weder der Behauptung

des Einen noch des Andern ohne Beweis Glauben schenken darf, so hat es so lange, als keiner von den Streittheilen Beweis liefert, bei dem bisherigen Rechtszustande zu verbleiben. Der Geklagte braucht gar nichts weiter vorzukehren, um seine bisherige rechtliche Stellung zu behaupten; der Kläger aber, welcher ihn daraus verdrängen will, muß als angreifender Theil den geschichtlichen Grund seines Begehrens in rechtliche Gewißheit setzen, um ein obsiegliches Urtheil zu erhalten. Unter solchen Umständen, wo der Unterschied zwischen realbejahenden und realverneinenden Sätzen verschwindet, weil beide Parteien in ein und derselben Beziehung bejahen, muß der Kläger mit dem Beweise den Anfang machen, oder den Vorbeweis liefern. Die Regel: **Actori incumbit probatio**, in diesem Sinne aufgefaßt (oben §. 10.), ist demnach ein unentbehrlicher Hilfssatz für die Lehre von der Last des Beweises, welcher das oberste Princip derselben auf eine vollkommen ausreichende Weise ergänzt.

## §. 28.

### Beurtheilung der Präsumtionstheorie. — Sie beruht auf keinem selbstständigen Principe.

Hier läßt sich nun auch leicht in's Reine bringen, was von der sogenannten Präsumtionstheorie zu halten sey, welche an die Spitze der Lehre von der Beweislast den Satz stellt: **Probare debet is, cui praesumtio adversatur.** — Diese Theorie, zu welcher sich außer den oben citirten (Meier, Huber, Schneider und Grollmann), noch

manche ältere Proceßrechtslehrer bekennen *), beruht, wie bereits früher (§. 11.) bemerkt worden ist, auf keinem eigenthümlichen Principe, sondern muß ihre Hauptstütze aus einer anderen Theorie entlehnen. Will man nämlich von dem Satze: **Probare debet is, cui praesumtio adversatur** einen Gebrauch machen, so entsteht die unumgängliche Frage: für welchen, und gegen welchen Streittheil denn die Vermuthung streite? Die Fälle, in welchen sich die Gesetze hierüber namentlich aussprechen, kommen im Ganzen nur als vereinzelte Ausnahmen vor. In der Regel muß jene wichtige Frage aus allgemeinen Grundsätzen des Proceßrechtes beantwortet werden. Die Anhänger der Präsumtionstheorie waren deßhalb auch immer genöthigt, den Satz: **Affirmanti praesumtio adversatur, — negans in praesumtione se fundat** als Aushilfe zu gebrauchen. Bringt man aber diesen Satz mit ihrem Principe: **Probare debet is, cui praesumtio adversatur** in Verbindung, so hat man doch nur die Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio.** Der in der Präsumtionstheorie aufgestellte oberste Grundsatz ist also nur der Form nach von dem Princip der alten Schule verschieden, und kann nur insofern auf Geltung und Anwendbarkeit Anspruch machen, als seine wesentliche Einheit

---

*) Senkenberg (F. R.) Diss. De probationis injunctione in judicio. Goett. 1738. — J. J. S.: Allgemeine Regel, wer von den streitenden Parteien bei einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen habe. Erlangen 1754. — Westphal: Von dem rechtlichen Beweise einer Verneinung. Halle. 1783. — Specht, Diss. De insufficientia regulae affirmanti: etc... Halae. 1787.

mit dem Letzteren erkannt, und zur klaren Anschauung gebracht wird.

Der eigentliche Grund der Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** liegt allerdings in der natürlichen Vermuthung, welche für die verneinenden und gegen die bejahenden Sätze streitet; und es mag insoferne als ein besonderes Verdienst der Präsumtionstheorie gelten, daß sie diesen philosophischen Grund zu gebührenden Ehren zu bringen strebt. Allein dessenungeachtet scheint es unpassend, die Vertheilung der Beweislast unmittelbar nach dem Begriffe der Vermuthung normiren zu wollen. Denn für die Anwendung handelt es sich um ein leicht erkennbares, und selbstständig bestimmbares Kriterium, welches aber nicht unmittelbar in dem Begriffe der Vermuthung, sondern einzig in der realen Positivität und Negativität der Sätze zu finden ist. Mit gutem Rechte geben also die meisten und angesehensten Rechtslehrer dem Satze: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** die Dignität des obersten Principes der Beweislast, und fassen dann die speciellen, von den Gesetzen anerkannten Vermuthungen (praesumtiones juris) als ausnahmsweise Beschränkungen jenes Principes auf, wie es auch in den vaterländischen Proceßgesetzen (§. 105 der allg. und §. 171 der gal. G. O.) geschehen ist.

# Dritter Abschnitt.

## Erklärung der in Oesterreich geltenden Regel: Factum alleganti incumbit probatio.

### §. 29.

**Diese Regel läßt eine doppelte Auslegung zu.**

Dem österreichischen Juristen ist, wie der berühmte Herausgeber der Materialien für die Gesetzkunde und Rechtspflege in den österr. Staaten *) bemerkt, durch den §. 104 der jos. Gerichtsordnung über die zwei Fragen: was und von wem zu beweisen sey, eine kurze aber erschöpfende Norm gegeben. Dieser §. lautet:

„Wer ein Factum angeführt hat, er sey Kläger oder Beklagter, der ist schuldig, es zu erweisen; widrigens ist bei Erledigung des Processes dasselbe, insoweit es vom Gegentheile widersprochen worden ist, für wahr nicht zu halten **).“

---

*) II. Band in den mehrerwähnten Erörterungen über das XI. Capitel der G. O. v. d. Beweis.

**) In der westgalizischen Gerichtsordnung vom Jahre 1796

Die Frage, die am Eingange dieser Untersuchungen als die höchste Aufgabe für die Theorie der Beweislast bezeichnet wurde, nämlich: Welche Partei die Last des ersten Beweises zu tragen habe, wenn beide Theile über einen und denselben, an sich ungewissen und entscheidenden Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Bestimmungen anführen, soll für uns in diesen Worten genügend gelöst seyn. Das Wesentliche an denselben ist die Regel: **Factum alleganti incumbit probatio**; — „wer ein Factum angeführt hat, der ist schuldig es zu erweisen."

Wir haben uns nun Rechenschaft darüber zu geben, ob dieser Grundsatz des österreichischen Rechtes mit einem der früher beurtheilten Grundsätze, und mit welchem derselben er zusammenfalle; — oder ob er etwa einen selbstständigen Gehalt aufzuweisen habe, und einer eigenthümlichen Theorie über die Last des Beweises angehöre?

---

wurde nicht nur der Grundsatz dieses §., sondern auch der Ausdruck mit Ausnahme eines einzigen Wortes beibehalten. Dort heißt es im §. **170**:

„Wer ein Factum angeführt hat, er sey „Kläger oder Beklagter, der ist schuldig es zu „erweisen; sonst ist bei Erledigung des Processes dasselbe, insoweit es von dem Gegentheile „widersprochen worden ist, für wahr nicht zu „halten."

Dasselbe sagt die italienische Gerichtsordnung im §. **160** mit den Worten:

„Chiunque, sia Attore sia Reo, allegherà in Giu„dizio un fatto, sarà in obbligo di provarlo: altri„menti tal fatto, in quanto esso verrà contradetto „dalla Parte avversaria, non si potrà avere per vero „nella definizione della Causa."

Werfen wir einen vergleichenden Blick auf jene verschiedenen Ansichten der gelehrten Welt zurück, so ist soviel schon im ersten Momente klar, daß der höchste Gesetzgeber Österreichs der Regel: **Actori incumbit probatio** nicht hold war, weil er demjenigen, der ein Factum anführt, den Beweis aufgelegt wissen will, ohne Rücksicht auf seine Stellung im Processe — „er sey Kläger oder Beklagter." — Inzwischen wird sich später zeigen, daß man dennoch die Regel: **Actori incumbit probatio**, welche als oberstes Princip der Beweislast nicht wohl anzuwenden ist, als einen Hilfssatz untergeordneten Ranges nicht ganz entbehren könne; weil in dem Falle, da beide Theile ein Factum im eigentlichen Sinne angeführt haben, bei Vertheilung der Beweislast auf die Stellung der Parteien im Processe nothwendig Rücksicht genommen werden muß.

Auch das springt in die Augen, daß in unseren Gerichtsordnungen die Präsumtionstheorie nicht adoptirt werden wollte. Den speciellen, im Gesetze ausdrücklich bestätigten Vermuthungen zwar ist dort ihre wahre Stelle in der Theorie des Beweises dadurch angewiesen, daß die Kraft derselben, vom Beweise zu befreien, ausdrücklich anerkannt wird*). Allein von der allgemeinen Regel: Nur Derjenige müsse beweisen, der die Vermuthung gegen sich hat, ist in unseren Proceßgesetzen keine Spur zu finden.

---

*) So in dem §. **105** der allg. G. O.: „Vermuthungen, „welchen insbesondere durch das Gesetz keine Kraft beigelegt „wird, sind für keinen Beweis anzusehen." — Noch bestimmter aber in dem §. **171** der gal. G. O.: „Nur die in „einem besonderen Gesetze gegründete Vermuthung kann von „der Schuldigkeit des Beweises entheben."

Der §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. bezeichnet das Subject der Beweislast durch die Individualisirung derjenigen von den zwei entgegengesetzten Behauptungen der Parteien, welche ihren Vertheidiger zum Beweise verpflichtet. Nur Facta müssen bewiesen werden, und nur, wer ein Factum anführt, der ist schuldig dasselbe (im Falle des Widerspruches) zu beweisen. Ist dieß der Grundsatz, an den wir uns zu halten haben; müssen wir bei der Vertheilung der Beweislast nur darauf sehen, wer ein Factum angeführt hat: so kommt begreiflicher Weise Alles darauf an, was für einen Begriff man mit dem Worte Factum verbindet. (§. 5.)

Wem das Wort Factum eine so weite Bedeutung hat, daß er darunter Alles begreift, was als positive oder negative Bestimmung der Sinnenwelt gedacht werden kann, — das Seyn sowohl als das Nichtseyn der realen Dinge und ihrer Bestimmungen, — kurz nicht nur das Geschehene (factum), sondern auch das Nichtgeschehene (non factum): der wird aus den Worten des §. 104 die Weber'sche Regel herauslesen, nach welcher ohne Unterschied bejahender und verneinender Sätze jede Partei die thatsächlichen Angaben beweisen soll, von deren Richtigkeit ihr Recht oder ihre Befreiung abhängt.

Wer hingegen den engeren und eigentlichen Begriff des Wortes Factum vor Augen behält, nach welchem dasselbe gleichbedeutend ist mit Ereignung oder Veränderung, dem ist die Regel: **Factum alleganti incumbit probatio**, die in jenem Paragraphe ausgesprochen wird, gleichbedeutend mit der Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio.**

Wirklich finden wir die Rechtsgelehrten Österreichs bei der Erklärung und Anwendung des §. 104 der allg. G. O. auf diesen weit auseinander gehenden Wegen in zwei Parteien geschieden, welche jenen beiden, direct entgegengesetzten

Ansichten huldigen, während sich doch beide auf den Wortlaut desselben Gesetzes berufen.

Die vorausgeschickten allgemeinen Untersuchungen hatten keinen andern Zweck, als den Leser auf einen Standpunkt zu führen, der einen freien Überblick des ganzen Gebiethes gewährt, und nicht leicht einen Zweifel übrig läßt, zu welcher von jenen beiden Parteien man sich zu halten habe.

Wir wissen bereits, daß der Gesetzgeber mit dem entscheidenden Worte Factum lediglich die engere und eigentliche Bedeutung verbinden mußte, wenn er sich keines auffallenden Verstoßes gegen Sprachgebrauch und Logik schuldig machen wollte. Wir kennen den tiefliegenden Sinn und die Vorzüge der Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio,** welche die Worte des Gesetzes nach dieser Deutung bezeichnen. Wir kennen die Grenzen, in welche die Anwendbarkeit dieser Regel eingeschlossen ist, aber auch den Hilfsgrundsatz, durch welchen dieser Mangel auf eine höchst einfache und natürliche Weise ergänzt wird. Kurz, dasjenige, was hier noch in Beziehung auf das österreichische Recht angeführt werden möchte, kann nur die Bestimmung haben, die Überzeugung, daß die Regel: **Affirmanti incumbit probatio** auch bei uns gelte, zu verstärken.

Wer ein älteres Gesetz von solcher Wichtigkeit, als es der §. 104 ist, zu interpretiren hat, wird gewiß sehr wohl thun, sich nach zweierlei umzusehen:

1. Was für Grundsätze haben über den in Frage stehenden Punkt zur Zeit gegolten, da jenes Gesetz erschien?

2. Wie haben die Zeitgenossen das Gesetz aufgefaßt?

Der Beantwortung dieser beiden Fragen sind die zwei nächsten Absätze gewidmet.

## §. 30.

### Rückblick auf die älteren Proceßgesetze Oesterreichs, und die daselbst früher herrschend gewesenen Grundsätze über die Beweislast.

Si de interpretatione legis quaeratur, inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset *). Diese Weisung des Callistratus, welche in den neueren Zeiten auch den österreichischen Juristen zu wiederholten Malen dringend empfohlen worden ist **), wird auch in unserem Falle nicht ohne Nutzen befolgt, obgleich hier von einem jus scriptum, quo civitas retro usa fuisset, nicht wohl die Rede seyn kann. Denn die älteren Proceßgesetze Österreichs biethen für Alles, was die Philosophie des Beweises angeht, eine sehr spärliche Ausbeute dar. In den meisten derselben ist die Frage, wer zu beweisen habe, nicht einmal mit einem Worte erwähnt. Bei dieser auffallenden Kargheit der Quellen mag es immerhin als eine Merkwürdigkeit gelten, daß gerade in dem ältesten, uns bekannten vaterländischen Proceßgesetze eine Andeutung über die Last des Beweises getroffen wird ***). Es ist dieß die alte Landesordnung Öster-

---

*) Fr. 37. Dig. De legibus (1. 3.)

**) Sieh die Vorrede des Herrn Prof. Schuster zu dessen Commentar; u. des Hrn. Prof. Fischer zur Lehre von der Streitverkündigung.

***) Hr. Hofr. v. Zeiller hat in seinen jährlichen Beiträgen zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft u. s. w. (IV. Bd.

reichs, welche gewöhnlich Leopold dem Glorreichen zugeschrieben wird, auf alle Fälle aber einem ehrwürdigen Alterthume angehöret. Dort heißt es nach dem Wurmbrand'schen Manuskripte **CXLI.** *): „undt ehe das der Cläger sein „Recht nicht volfiert, so soll dem antwerther über dieselbe Clag „rhue ertheylt werden u. s. w." — worin Jedermann leicht die Regel: **actori incumbit probatio** erkennen wird.

Die späteren Gerichtsordnungen machen gewöhnlich der Beweislast gar keine Erwähnung. So die Gerichtsordnung des Landrechten des hochlöblichen Erzherzogthums Österreich unter der Enns v. 12. April 1540, — und der Gerichts-Proceß und Ordnung des Landrechtens des hochlöblichen Erzherzogthums Österreich unter der Enns von 18. Febr. 1557. (Gedruckt zu Wien durch Hanns Siegriener. Fol. **XXXIX** Blätter) **). — In gleicher Weise die Ordnung des Landrechtens des Erzherzogthums Österreich ob der Enns vom 10.

---

Wien 1809.) Grundzüge einer Geschichte der österreichischen bürgerlichen Gerichtsordnung geliefert, welche hier benützt worden sind.

*) Dieses sowohl als das Harrach'sche, welches von jenem wesentlich abweicht, findet man in des Freih. von Senkenberg Visionibus diversis collect. leg. germ., aus welchem sie **De Lucca** in seinen Justizcodex **I.** Band. Wien 1793 abdrucken ließ.

**) Dieses allerdings interessante Proceßgesetz ist in dem **Codex austriacus** nicht aufgenommen, sondern nur **P. I.** p 436 mit der Bemerkung „ausgangen" citirt. Wohl aber findet sich dasselbe, so wie das früher erwähnte in der k. k. Hofbibliothek. In der Buchdruckergeschichte Wiens von Michael Denis, Wien 1782. S. 596 ist noch einer späteren Ausgabe vom Jahre 1560 erwähnt.

September 1535; — dann des löblichen Fürstenthums Steyer Bestätigung der neuen Reformation des Landrechtens daselbst. (Gedruckt zu Wien durch Hanns Siegriener 1533) *); — die Kammergerichtsordnung zu Innsbruck v. 10. Juni 1641 **); — die Landesordnung für das Erb-Markgrafthum Mähren vom Jahre 1535, welche unter Ferdinand **II.** (1628) erneuert, und im Jahre 1714 nochmals nachgedruckt worden ist.

Aber auch die späteren im **Codex austriacus** abgedruckten Gesetze enthalten, wie schon Herr Hofrath v. Zeiller bemerkte, überhaupt wenig Neues, und insbesondere von dem philosophischen Theile der Beweislehre kein Wort. So die Gerichtsordnung **Consistorii Episcopalis Viennensis. C. A. P. I.** p. 430; — die erneuerte Advocatenordnung vom 21. März 1662. **C. A. P. I.** p. 19; — die Advocatenordnung bei dem Wienerischen Stadt-Magistrat vom 12. März 1688. **C. A. P. I.** p. 35; — die ziemlich umständliche Advocatenordnung bei dem Wiener Stadt- und Landgerichte, **C. A. P. I.** p. 41; — die Gerichts- und Taxordnung der Wienerischen Universität vom 28. November 1724. **C. A. P. IV.** p. 234.

Eine Ausnahme macht nur die Gerichts- und Proceßordnung der Stadt Breslau ***), welche folgende Stelle enthält: „Verjahet ein Part, das andere aber verneinet, „und begehren beide zur Beweisung zugelassen zu werden, „so soll man der Partei, die ihr Vorbringen auf ja und „beschehene Ding setzet, Beweisung theilen, und nicht

---

*) Beide ebenfalls auf der k. k. Hofbibliothek zu finden.

**) In Weingarten's **Codex Ferdinandeo - Leopoldino - Iosephino - Carolinus.** Prag **1720. pag. 190 — 200.**

***) In Weingarten's eben erwähntem **Codex p. 95 — 110** ohne Datum. Seite **105.**

„der, so sich mit dem nein oder nicht geschehenen „Dingen behilft."

Nichts natürlicher, als daß neben diesen dürftigen Gesetzen der Gerichtsgebrauch sich geltend machte, welcher endlich seit der Mitte des siebenzehnten Jahrhundertes eine bestimmtere Gestalt annahm, als er durch des Regierungskanzlers von Suttinger einflußreiche observationes practicae niedergeschrieben, und mit Umsicht besprochen worden war. Diese Privatarbeit *), welche, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, sogar die älteren Gesetze verdrängte, kam auf alle Fälle einem dringenden Bedürfniß entgegen, und genoß bis zu dem Erscheinen der Jos. G. O. eines entscheidenden Ansehens. In derselben ward denn auch die Frage von der Beweislast auf folgende Weise gelöst:

1. „Der Beweis ist das fundament und nervus einer jedweden Sache."

2. „Dahero wann jemand etwas erhalten will, muß er sich befleißen, sein Fürgeben recht und völlig zu probiren, qui enim affirmat, illud probare debet;"

3. „sonderlich, wann die Sache in facto beruhet, nam facta non praesumuntur, sed probanda sunt. Oder wann

*) Sie erschien zuerst im Jahre 1650. Wien. 4; — dann in neuer Auflage unter dem Titel: Verneuerte observationes practicae oder gewisse Gerichtsgebräuche, wie dieselben sonderlich bei dem landmarschallischen Gericht in Österreich unter der Enns in Acht genommen und gehalten werden u. s. w. durch J. B. Suttinger zum Thurmhof ꝛc. 4. Nürnberg. 1678; — sohin in Wien 1698 in 4.; — in Nürnberg 1703 in 8.; — ebenda 1713 in 8.

jemand ein absonderliche circumstantiam aut qualitatem allegirt, muß er dieselbe ordentlich erweisen.“

4. „Wer aber etwas widerspricht, so in facto beruhet, der ist solches zu beweisen nicht schuldig. Negantis enim per rerum naturam nulla est probatio *).“

Während diese Ansichten die Praxis beherrschten, wurde in der Schule die Lehre vom Beweise nach des Heineccius Lehrbuche des Pandectenrechtes vorgetragen, wo der Grund=

---

*) Andere vaterländische Werke ähnlicher Tendenz schweigen über unseren Gegenstand entweder gänzlich: oder sprechen sich in so allgemeinen Ausdrücken aus, daß es ungewiß bleibt, zu welcher Partei man ihre Urheber zu zählen habe. So: Loth. Frid. Vossii Legum et consuetudinum austriacarum, earum potissimum, quae infra Anasum vigent, cum Jure Romano collatio. Ed. alt. Viennae. 1772. (Dort heißt es nur im §. 538: fit autem probatio vel ab actore vel a reo, qui excipiendo factus est actor). — In Finsterwalder's (D. Benj.) Practicarum observationum, ad consuetudines Archiducatus Austriae superioris adcommodatarum, libri duo. Salisburgi 1687, 4. — wird die Sache in des ersten Buches observ. XLVI, welche die Lehre vom Beweis eröffnet, mit den Worten abgethan: Probare oportet, nec dicere sufficit. Erst später erscheinen gelegentlich (observ. LXVIII.) einige Gemeinplätze, als: actor semper instructus ad judicium venire et probationes secum ferre debet etc. — In Greneck's (Dr. Fr. Jos.) Theatrum jurisdictionis austriacae. Wien 1752 wird zwar p. 406 — 413 ziemlich ausführlich von den Beweisgründen gehandelt, der Frage aber, wer zu beweisen habe, mit keinem Worte gedacht.

saß: **non neganti sed affirmanti incumbit probatio** als unbestrittene Wahrheit hingestellt ist *).

Den Verfassern der Joseph. Gerichtsordnung konnten diese allgemein gangbaren Ansichten ihrer Zeit nicht unbekannt seyn, und dieser Umstand ist ein neuer Grund zur Bekräftigung unserer Überzeugung, daß sie in dem §. 104 der allg. G. O. dieselben nur bestätigen wollten. — Denn wenn man auch wirklich davon ganz absehen will, wie wahrscheinlich es an und für sich ist, daß der Gesetzgeber jene Ansichten theilte, so bleibt doch soviel gewiß, daß er auf alle Fälle nicht umhin konnte, darauf Rücksicht zu nehmen. Es mußte ihm bekannt seyn, daß das juridische Publikum, zu welchem er sprach, und für welches das Gesetz zunächst berechnet war, die Regel: **Factum alleganti incumbit probatio** so zu nehmen pflegte, wie sie Suttinger und Heineß einstimmig mit der Mehrzahl der angesehensten Processualisten verstanden, welche unter dem Worte „Factum“ nur die Ereignung und Veränderung, und unter dem Ausdrucke „**factum allegare**“ nur das Vorbringen eines realbejahenden Satzes (das **affirmare**) begriffen, wodurch sich denn die Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** von selbst ergab. — Wäre dem höchsten Gesetzgeber diese allgemein verbreitete Ansicht als ein Irrthum erschienen; hätte er beabsichtiget, in dem §. 104 der allg. G. O. ein mit derselben im directen Widerspruche stehendes Princip an die Spitze der Lehre vom Beweise zu stellen: so würde er diese entscheidende Neuerung gewiß auf eine unzweideutige, für Jedermann erkennbare Weise hingestellt haben. — Zu dieser An-

---

*) Vergl. oben §. 22 die hiehergehörige Stelle des Heineccius und die beigefügte Note.

nahme sind wir um so mehr berechtiget, da aus derselben Rücksicht bei der Abfassung des erwähnten Paragraphes auf die viel weniger beliebte Regel: **Actori incumbit probatio** Bedacht genommen wurde, indem der Gesetzgeber durch Einschaltung der Worte: „er sey Kläger oder Beklagter“ auf das Bestimmteste zu erkennen gab, daß diese Regel nicht das von ihm gebilligte (oberste) Princip der Beweislast sey. Wäre auch der Regel: **Factum alleganti incumbit probatio** in der damals allgemein gangbaren Bedeutung, nach welcher sie mit dem Satze: **Affirmanti incumbit probatio** zusammenfällt, ein gleiches Los der Verwerfung bestimmt gewesen: so hätte dieß in dem §. 104 um so bestimmter ausgesprochen werden müssen, da es sich hier um das Verdrängen eines Principes handelte, von welchem man wußte, daß es von der Mehrzahl des juridischen Publicums als das einzig richtige anerkannt wurde.

Es wäre auch offenbar ein Leichtes gewesen, durch einen kleinen Beisatz, durch eine unbedeutende Wendung im Ausdrucke jeden Zweifel über die so beabsichtigte Neuerung zu beheben. — Statt dessen erschien in dem Gesetze gerade jene alte Regel in den Worten: „Wer ein Factum anführt, muß es . . . beweisen,“ ohne die mindeste Andeutung, daß dieselbe anders zu verstehen wäre, als sie nach der natürlichen Bedeutung des Wortes Factum von den Meisten und Besten bisher verstanden worden war. — Das einfache Hinstellen der alten Formel berechtigt uns also zu der natürlichen Voraussetzung, daß der höchste Gesetzgeber sie auch in dem althergebrachten Sinne genommen wissen wollte; weil wir demselben durch die entgegengesetzte Auslegung einen der gröbsten Fehler vorwerfen würden, dessen ein Gesetzgeber bei der Textirung seiner Anordnungen sich schuldig machen kann;

den Fehler nämlich, sich so auszudrücken, daß die Staatsbürger verleitet, oder wohl gar genöthiget werden, die Worte des Gesetzes gerade in dem Sinne aufzunehmen, welcher mit der Absicht des Gesetzgebers im directen Widerspruche steht.

## §. 31.

## Ansichten der Commentatoren der allgemeinen Gerichtsordnung.

Wenn es von der höchsten Wichtigkeit und oft unerläßliches Erforderniß zur richtigen Auslegung eines Gesetzes ist, daß man mit demjenigen genau bekannt sey, was unmittelbar vor der Erlassung desselben über denselben Gegenstand als Recht gegolten habe, so ist es auch insbesondere bei älteren Anordnungen nicht gleichgiltig zu wissen, wie dieselben zur Zeit ihres Erscheinens oder bald darnach verstanden worden sind. Denn die Zeitgenossen waren eben durch die Gleichartigkeit ihrer juridischen Bildung, durch eine genauere Bekanntschaft mit dem Sprachgebrauche jener Epoche und mit der besonderen Ausdrucksweise des Gesetzgebers vor den Spätern befähigt und berufen, den wahren Sinn des Gesetzes zu erkennen und zu deuten. Was nun unseren Gegenstand betrifft, so sucht man freilich in den älteren Commentaren der allgemeinen Gerichtsordnung in der Regel vergebens nach Aufklärung. Die Meisten derselben begnügen sich damit, die dürren Worte des Gesetzes zu wiederholen, oder eine unbedeutende Paraphrase derselben zu liefern, aus welcher sich nun eben gar nichts zum Behufe eines besseren Verständnisses

entnehmen läßt *). Allein eben das gänzliche Stillschweigen dieser Schriftsteller über einen so hochwichtigen Punkt dürfte uns zu der Annahme berechtigen, daß sie die Normen der allg. Ger. Ord. über die Last des Beweises mit den herrschenden Ansichten ihrer Zeit übereinstimmend fanden. Denn hätten sie darin ein, von dem bisher anerkannten, abweichendes Princip zu entdecken geglaubt, so würden sie diese Entdeckung schwerlich mit Stillschweigen übergangen haben.

Neben diesen älteren Erläuterungen unserer Gerichtsordnung, in welchen die philosophischen Partieen der Pro-

---

*) Dahin gehört: Neuhold (Dr. Joh. Nep.) Praktische Einleitung zum allg. in allen k. k. Erbl. gleichf. bestehenden Verfahren in Rechtssachen. I. Bd. Gratz 1785. S. 211. §. 226: qui allegat, debet probare. — Einleitung zur Kenntniß der österreichischen Rechte. Des ersten Theiles viertes Buch. Nach dem Tode des Herrn Joh. Udal. Donner fortgesetzt von *** Wien 1785. §. 999: factum alleganti incumbit probatio. Vergl. §. 1025. — Födransperg (Ant. Edlen v.) Praktische Beobachtungen über die allg. G. O. (3. Aufl.) II. Thl. Wien 1789 §. 104. — Erläuterungen über die allg. bürgl. Gerichtsordnung nach den Vorlesungen Scheidleins. I. Theil. Wien 1806. §. 104: „Der Grundsatz des gemeinen Rechtes: factum alleganti incumbit probatio, „wurde auch in der allg. Gerichtsordnung angenommen, „u. s. w." — An diese schließen sich, was die Behandlung des Gegenstandes betrifft, unter den Neueren an: Gustermann (A. W.) Österreichische Privatrechtspraxis. Erster Band, (3. verm. Ausgabe.) Wien 1822, §. 162. — Stöhr (L.) Versuch zu einem Lehr- und Handbuch über die praktische Rechtswissenschaft. 4 Theile. Prag 1824.

ceßlehre sehr kurz abgefertigt werden, zeichnet sich das gleichzeitige Werk eines Mannes sehr vortheilhaft aus, welcher sowohl durch seine Talente als durch seine amtliche Stellung vorzugsweise berufen war, in den Geist unserer Josephinischen Gerichtsordnung einzudringen. Es ist dieß des Hofrathes von Kees: Commentar über Joseph des Zweiten allgemeine Gerichtsordnung (Wien 1789 **Fol.**); ein Buch, welches noch gegenwärtig unsere ganze Aufmerksamkeit verdient, und von welchem nur zu bedauern ist, daß es unvollendet blieb. Dasselbe schließt nämlich schon mit der Erläuterung des 10. Capitels der Gerichtsordnung, und behandelt also gerade das wichtige Hauptstück von dem Beweise nicht mehr. Inzwischen ist doch aus dem Vorhandenen zu entnehmen, daß der verehrungswürdige Verfasser das Wort Factum und die Anordnung des §. 104 der allg. Gerichtsordnung ganz in dem Sinne genommen habe, welcher hier als der einzig richtige vertheidigt wird. — Die Autorität eines solchen Gewährsmannes ist ohne Zweifel von dem größten Gewichte, und da das Werk selbst sich gegenwärtig selten genug vorfindet, so glaube ich den meisten Lesern einen Dienst zu erweisen, wenn ich sie mit den hieher gehörigen Stellen bekannt mache.

Bei der Erläuterung des §. 3 der allg. G. O., durch welchen der Kläger angewiesen wird, in der Klage das Factum, woraus er sich ein Recht erwachsen zu seyn glaubt, vollständig mit allen Umständen, welche zur Bewährung seines Rechtes dienlich seyn können, anzubringen, folgt unter Nr. 5 die Bemerkung: „Man würde aber zu weit gehen, „wenn man hieraus folgern wollte, daß jeder Kläger auch „seine Großjährigkeit erweisen müsse, um der Einwendung „zu begegnen, als ob ihm das Recht vor Gericht zu treten

„nicht gebühre; denn das Factum der Minderjährigkeit ist „eben so positiv als das Factum der Großjährigkeit; daher „muß der Beklagte, der sich wider den Kläger mit der Ein„wendung der Minderjährigkeit schützen will, seine Angabe „wie jede andere beweisen.“

Schon aus dieser Stelle ist zu entnehmen, daß Hofrath Kees das fälschlich so genannte positive und negative Factum, richtiger gesprochen: das Factum (im eigentlichen Sinne) und das Non-Factum unterschieden, und den Grundsatz als richtig vorausgesetzt habe: nur derjenige sey Vorbeweis zu liefern verpflichtet, welcher sich auf ein Factum im eigentlichen Sinne beruft, oder (was dasselbe sagen will) seinen Anspruch auf eine realbejahende Behauptung gründet *).

Noch unzweideutiger ist diese Ansicht von dem obersten Principe der Beweislast bei der Erläuterung des §. 24 der allg. G. O. ausgesprochen, wo unter Nr. 2 die Verpflichtung des Geklagten, seine Einwendungen zu beweisen, auf folgende Art erklärt wird. „In solchen Fällen tritt der Be„klagte als Erzähler eines neuen Factums auf, und muß „sich dabei eben so benehmen, wie es dem Kläger vorge„schrieben ist. Dieses hieß vormals uneigentlich, der Be„klagte werde durch seine Einwendung zum Kläger. Jetzt „liegt der allgemeine Satz zu Grunde, daß jede Partei, sie „sey Kläger oder Beklagter, das Factum, das sie anführt,

---

*) Allerdings ist sowohl die Behauptung der Minderjährigkeit als die der Großjährigkeit realpositiv. Daraus folgt aber gar nicht, daß gerade der Geklagte mit dem Beweise der Minderjährigkeit den Anfang machen müsse. Der wahre Grund dieser Verpflichtung zur Übernahme des Vorbeweises scheint auch hier in einer für den Kläger streitenden Vermuthung zu liegen.

„beweisen müsse. Und weil die bloße Verneinung keine Erzählung des Factums ist, so enthält diese Regel auch die „Folgerung in sich, daß der Verneinende nichts zu „erweisen habe.“

Hieraus ist ersichtlich, daß man gleich nach dem Erscheinen der G. O. in dem §. 104 derselben die Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** erkannte *), und der Umstand, daß diese Auslegung des Gesetzes von den Zeitgenossen ohne vernehmlichen Widerspruch gemacht und angenommen wurde, ist ein sehr gewichtiges Zeugniß für die Richtigkeit unserer Ansicht.

Inzwischen war schon in jener früheren Zeit auf die Mehrdeutigkeit des Wortes Factum, und auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht worden, dem §. 104 der allg. G. O. einen ganz anderen Sinn unterzuschieben **). Die Mißverständnisse, welche daraus entstehen mußten, wenn jenes alte Princip, welches auf dem Unterschiede bejahender und verneinender Sätze beruht, ganz formell aufgefaßt wurde, so daß man nicht auf den inneren Gehalt, sondern nur auf die logische Form der Behauptungen der Parteien Rücksicht nahm, ließen den Grundsatz selbst als höchst gefährlich für die Anwendung erscheinen; und angeregt durch die Umwälzung, welche die Theorie der

*) Sie ist auch in dem etwas späteren Werke Nowak's: Der gerichtliche Beweis. (Prag 1805) als richtig vorausgesetzt.

**) So heißt es in den von meinem Vater, J. S. Rizy, herausgegebenen Anmerkungen zur allg. G. O. und zur allg. C. O. (Wien 1786) I. Thl. S. 237: „Oft wird gezankt, „wem eigentlich die Last des Beweises obliege. Dieses kommt „daher, weil der Ausdruck „Factum“ in so mancherlei Verstande genommen wird.“

Beweislast zu gleicher Zeit anderwärts erfahren hatte, erhoben sich nun auch in Österreich höchst beachtenswerthe Stimmen, welche jene bedenklich scheinende Unterscheidung von positiven und negativen Sätzen gänzlich beseitigt wissen wollten, und die Regel: **Factum alleganti incumbit probatio** in demselben Sinne anzuwenden empfahlen, welcher durch Weber's berühmtes Werk ein besonderes Ansehen in Deutschland erlangt hatte *). — Ja der einzige Schriftsteller, welcher seither in Österreich als Vertheidiger des alten Principes aufgetreten war **), ließ sich zu solchen Concessionen herbei, daß dadurch das Princip selber aufgehoben schien.

Unter diesen neueren Rechtslehrern hat Herr Professor Fischer die Weber'sche Ansicht vom Standpunkte der österreichischen Proceßgesetze am umständlichsten zu vertheidigen gesucht. Es dürfte also eine nähere Beleuchtung der von diesem trefflichen Rechtsgelehrten entwickelten Gründe hier ganz an ihrem Platze seyn. — Hierauf lasse ich eine kurze Kritik jenes Abrisses einer Lehre von der Beweislast folgen, welchen Herr Professor Schuster in seinem Baurechte geliefert hat.— Ein kurzer Überblick der hier gewonnenen Resultate wird die Abhandlung schließen.

---

*) Vergl. des Herrn Vicepräsidenten Carl Freih. v. Pratobevera ofterwähnte Erläuterungen über das **XI.** Cap. der G. O. — Dann des Herrn Prof. Fischer Beiträge zu der Lehre vom rechtlichen Beweise in der Zeitschrift für österr. Rechtsg. Jahrg. **1832. II.** Bd. S. **47** u. f. — Des Herrn Hofraths Füger Verfahren in Streitsachen nach der österreichischen allg. G. und C. O. vom **1.** Mai **1781.** Wien **1834.** — Des Herrn Appellationsrathes Kitka Beweislehre im österr. Civilprocesse. Wien **1836.**

**) Herr k. Rath und Professor Schuster.

## §. 32.

### Kritik der vom Herrn Professor Fischer aufgestellten Theorie.

Herr Professor Fischer hat sich in einem unserem Gegenstande gewidmeten Aufsatze *) ausdrücklich denjenigen angeschlossen, welche bei der Vertheilung der Beweislast auf den Unterschied zwischen bejahenden und verneinenden Behauptungen oder Sätzen durchaus keine Rücksicht nehmen, und die Regel unserer Gerichtsordnungen: „Wer ein Factum angeführt hat, der ist schuldig es zu erweisen“ — gerade so erklären, als ob der Gesetzgeber gesagt hätte: „Wer ein Factum oder Non-Factum angeführt hat, der ist schuldig es zu erweisen.“

Zu dieser etwas kühnen Auslegung gelangen die Meisten dadurch, daß sie den Begriff des Wortes Factum, welches in der angezogenen Gesetzstelle entscheidend ist, gegen Etymologie und Sprachgebrauch dermaßen ausdehnen, daß sie darunter auch das so genannte negative Factum begreifen. — Diesen groben Fehler hat sich Fischer nicht zu Schulden kommen lassen. Dem scharfsinnigen Manne war es nicht entgangen, daß das Nichtgeschehene (non factum) mit dem Namen „Factum“ nicht belegt werden dürfe, und daß die Unterscheidung von positiven und negativen Facten fehlerhaft sey. Deß-

*) Etwas über die Beweislast überhaupt, und die einer Negative insbesondere. — Unter den öfter citirten Beiträgen in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrs. u. s. w. Jahrg. 1832. 2. Bd. S. 47.

halb bedient er sich, um dasjenige zu bezeichnen, was sonst fehlerhaft negatives Factum genannt wird, durchgängig des richtigen Ausdruckes Non-Factum; und um das Factum und Non-Factum (die fälschlich so genannten positiven und negativen Facta) durch eine gemeinschaftliche Bezeichnung zu umfassen, gebraucht er den unbestimmteren Ausdruck „Thatsächliches," worunter wir Alles verstehen mögen, was überhaupt zur geschichtlichen Grundlage des Processes gehört, — sowohl den Eintritt als den Nichteintritt von Ereignungen; das Werden neuer, und das Beharren alter Zustände; — sowohl Facta als Non-Facta.

Wenn nun gleich von einem Mißverständnisse über die wahre Bedeutung des Wortes Factum bei Fischer keine Rede seyn kann, so trifft ihn doch der gerechte Vorwurf, daß er, wie sich später zeigen wird, die Wichtigkeit, welche diesem Worte in dem §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. beigelegt werden muß, ganz und gar verkannte. — Der treffliche Rechtslehrer glaubte, der Lehre von der Last des Beweises geschehe ein besonderer Dienst durch die Unterscheidung folgender zwei Fragen:

1. Ob derjenige, der etwas Thatsächliches, es sey nun affirmativ oder negativ, im Processe anführt, es zu beweisen habe, um den Richter von der Wahrheit seiner Angabe zu überzeugen?

2. Ob derjenige, der etwas Thatsächliches, es sey affirmativ oder negativ, im Processe anführt, es zu beweisen habe, um ein obsiegliches Urtheil zu erhalten?

Eine schärfere Beleuchtung der hierauf gegebenen Antworten dürfte uns die Überzeugung verschaffen, daß auf diesem Wege eine genügende Auskunft über unseren Gegenstand nicht wohl zu erwarten sey, und daß man am Ende der ver-

folgten Bahn eben so rath- und hilfelos da stehe, als man sie betreten hatte.

1. Die erste Frage wird nämlich aus dem §. 104 der allgem. (§. 170 der gal.) G. O. dahin beantwortet:

Derjenige, der etwas Thatsächliches im Processe anführt, der müsse es, um den Richter von der Wahrheit seiner Angabe zu überzeugen, auch beweisen. — Auch eine Negative, soll sie der Richter als wahr annehmen, müsse bewiesen werden; und gänzlich nichtig sey das dagegen vorgebrachte Argument, daß, weil nur jenem, der ein Factum anführt, die Beweisführung desselben auferlegt wird, denjenigen, der ein Non-Factum behauptet, keine Beweislast treffe *).

Ich gestehe, daß mir das Richtige dieses Argumentes durchaus nicht einleuchten will. Wer die Begriffe Factum und Non-Factum als wesentlich unterschiedene einander entgegensetzt, wie es Herr Professor Fischer ganz richtig thut, der sollte billiger Weise daran zweifeln, ob man denn berechtigt sey, auch demjenigen, welcher ein widersprochenes Non-Factum behauptet, die Last des Beweises aufzubürden, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich nur denjenigen als beweispflichtig erklärt, welcher ein widersprochenes Factum angeführt hat.

Über diese unauflösliche Schwierigkeit mit Stillschweigen hinwegschlüpfend sucht Fischer auf andere Weise seinen Grundsatz zu rechtfertigen. — Derselbe soll nämlich: **a)** sowohl in dem Wortlaute des Gesetzes angedeutet, als auch **b)** in der Natur der Sache wesentlich gegründet seyn.

---

*) A. a. O. S. 49.

a) Durch den Wortlaut des §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. ist der Richter bloß angewiesen, das angeführte, unbewiesene und von dem Gegentheile widersprochene Factum nicht für wahr, keineswegs aber es für unwahr zu halten. — Müßte der Richter dasselbe geradezu für unwahr halten, dann freilich bliebe ihm nichts übrig als den Widerspruch ohne weiters als wahr gelten zu lassen. — Ist er aber nur angewiesen, die widersprochene und unerwiesene Behauptung eines Factums nicht für wahr zu halten, weil es an Gründen der Überzeugung gebricht, so folge daraus keineswegs mit Nothwendigkeit, daß das directe Widerspiel derselben für wahr zu halten sey; denn es kann ja auch an Gründen für das Fürwahrhalten dieses Gegensatzes gebrechen. — Daher habe der Richter, wenn ihm widersprechende Angaben der Parteien ohne allen Beweis vorliegen, keine derselben für wahr, und keine für unwahr zu halten, sondern sich darauf zu beschränken, beide in Zweifel zu ziehen, mithin die eine unbewiesene Angabe eben so wohl wie die andere vor der Hand nur nicht für wahr zu halten *).

b) Die in den österreichischen Gesetzen festgehaltene Ansicht, daß das unbewiesene und widersprochene Factum nicht geradezu für unwahr, sondern nur für wahr nicht zu halten sey, habe auch ihren guten Grund in der Natur der Sache. — Würde nämlich das widersprochene Factum für unwahr gehalten, so müßte das ihm entgegengesetzte Non-Factum nothwendig als wahr angesehen werden. Hiezu sey aber kein

---

*) A. a. O. S. 48 und 49.

Grund vorhanden. Denn der Voraussetzung nach sey sowohl die Affirmativa als die ihr entgegengesetzte Negativa möglich; keine habe eine rechtliche Vermuthung für sich, und der Richter könne — nach dem Principe der Gleichhaltung beider Parteien — der unbewiesenen Angabe der Einen keinen größeren Glauben schenken, als der gleichfalls unbewiesenen Angabe der Anderen; daher die unbewiesene Affirmativa durch die ihr entgegengesetzte, gleichfalls unbewiesene Negativa zwar aufgewogen, aber nicht überwogen werde*).

Diese hier in einem etwas freien, aber Fischer's Ideenreihe vollkommen wiedergebenden Auszuge erscheinenden Deductionen leiden an verschiedenen sehr wesentlichen Gebrechen, welche ich nun der Reihe nach aufzudecken suchen werde:

Ad a) Wahr ist es, der §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. durfte nicht den Grundsatz aussprechen, daß jede unbewiesene und widersprochene Behauptung eines Factums geradezu und jedesmal für unwahr zu halten sey. Hieraus hätte man nämlich die irrige Folgerung ziehen müssen, daß die contradictorisch entgegengesetzte Behauptung des Widersprechenden immer auch ohne Beweis als wahr anzusehen sey **). Denn wenn von zwei contradictorisch entgegengesetzten Sätzen der Eine geradezu als unwahr erkannt wird, so muß man den Anderen nothwendig als wahr an-

---

*) A. a. O. S. 49.

**) Daß die Behauptung des Widersprechenden im Processe immer einen contradictorischen Gegensatz zu der widersprochenen Behauptung bilde, wenn auch, dem Anscheine nach, nur per positionem alterius widersprochen wurde, habe ich oben (§. 9) gezeigt.

erkennen; was aber, wie wir gleich sehen werden, bei der Behauptung des Widersprechenden durchaus nicht immer angeht.

Der Gesetzgeber Österreichs hat sich deßhalb mit weisem Vorbedacht auf die Erklärung beschränkt, daß die unbewiesene und widersprochene Behauptung eines Factums nur für wahr nicht zu halten sey; und da aus der so gefaßten Regel keine Veranlassung genommen werden kann, den eben gerügten Folgesatz abzuleiten, so ist durch die Textirung unseres Gesetzes einer Consequenz glücklich vorgebeugt worden, welche in der Anwendung nothwendig hätte zu unrichtigen Resultaten führen müssen.

Diese allerdings sehr treffende Bemerkung Fischer's würde die größte Anerkennung verdienen, wenn sie auch dazu benützt worden wäre, das System unserer Gesetzgebung zur vollen Klarheit zu entwickeln. Leider ist dieß unserem Autor nicht gelungen, welcher uns von jenem richtigen und mit ausgezeichnetem Scharfsinne entdeckten Satze durch einen einzigen Fehlschluß in ein ganz falsches System der Beweislast führt. Er argumentirt nämlich so:

Aus dem §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. läßt sich nicht die Regel abstrahiren, daß die Behauptung des Widersprechenden immer für wahr zu halten sey;

folglich

gilt die Regel, daß diese Behauptung niemals ohne Beweis für wahr angenommen werden dürfe *).

*) Daher — sagt Fischer — habe der Richter (jederzeit), wenn ihm widersprechende Angaben der Parteien ohne allen Beweis vorliegen, keine derselben für wahr und keine für

Daß es dieser Schlußfolge in formeller Hinsicht an Consequenz fehle, wird Jeder zugeben, der seine Logik nicht ganz vergessen hat. Denn daraus, daß eine gewisse Klasse von Sätzen nicht immer eine natürliche Vermuthung für sich hat, kann unmöglich mit Nothwendigkeit folgen, daß niemals eine natürliche Vermuthung dafür streite. — Aber Fischer's Schlußfolge führt auch der Materie nach auf falsche Resultate, wie sich dieß vollkommen klar zeigen wird, wenn wir

**Ad b)** die Gründe näher beleuchten, durch welche dieselbe gerechtfertigt werden soll. — Es ist wirklich merkwürdig, daß Fischer bei dieser Gelegenheit (und auch wohl sonst) ohneweiters als richtig voraussetzt, daß die widersprechenden Angaben der Parteien sich immer als realpositive und realnegative Sätze entgegenstehen; als ob der Widersprechende immer ein Non-Factum behaupten müßte, da es doch offenbar Fälle gibt, wo auch der Widerspruch den Charakter eines realbejahenden Satzes an sich hat, und die Behauptung eines Factums im eigentlichen Sinne enthält. — Dieses auffallende Übersehen ist um so unbegreiflicher, da gerade in dem Falle der Regel, welchen Fischer irriger Weise als den einzig möglichen annimmt, seine Ansicht nicht Stich hält; weil für einen rein negativen Satz, für die Behauptung eines Non-Factums, wirklich eine natürliche, vom Beweis befreiende Vermuthung streitet.

---

unwahr zu halten, sondern sich darauf zu beschränken, beide in Zweifel zu ziehen, mithin die eine unbewiesene Angabe eben sowohl als die andere vor der Hand nicht für wahr zu halten.

Von zwei entgegengesetzten Behauptungen, deren eine ihren Gegenstand in eine genau bestimmte Sphäre versetzt, während die andere denselben von dieser bestimmten Sphäre ausschließt, ohne ihm in dem weiten Gebiethe der Möglichkeit eine bestimmte Stelle anzuweisen, müssen wir nämlich der Letzteren einen größeren Glauben schenken; wir müssen sie nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit auch ohne Beweis für richtig annehmen, d. h. wir müssen sie vermuthen. (Siehe oben §§. 9 und 25.)

Wer bloß in Abrede stellt, daß ein gewisses Factum mit allen dazu gehörigen Merkmalen gerade an diesem Ort, zu dieser Zeit, zwischen gewissen Personen und unter gewissen, genau bezeichneten Umständen sich ereignet habe, dem schenken wir viel leichter Glauben als seinem Gegner. Denn er stellt uns frei, anzunehmen, daß der Zustand der Dinge unverändert geblieben, oder daß an der Stelle jenes einen gewissen Factums eine andere, unbestimmt, welche, von den unendlich vielen überhaupt gedenkbaren Ereignungen eingetreten sey. Es ist bei weitem wahrscheinlicher, daß eine von den unendlich vielen Möglichkeiten, welche die Behauptung des Verneinenden in sich faßt, als daß gerade die vom Gegner behauptete Ereignung eingetreten sey. Kurz die unbewiesene Affirmative des einen Streittheiles wird durch die gleichfalls unbewiesene Negative des anderen Streittheiles nicht nur aufgewogen, wie Fischer behauptet, sondern wirklich überwogen; und eben wegen dieses Verhältnisses der Wahrscheinlichkeit verlangt das Gesetz nur von demjenigen, welcher den Eintritt einer Ereignung behauptet, den Beweis seiner Behauptung, nicht auch von demjenigen, welcher das Factum läugnet oder verneint. Stünden sich in Wirklichkeit die Behauptungen beider

Parteien immer so gegenüber, daß die Eine ein Factum, die Andere ein Non-Factum zur Begründung ihrer Anträge im Munde führte, so hätte das Gesetz unbedenklich erklären mögen, daß das unbewiesene Factum im Falle des Widerspruches für unwahr zu halten sey. Denn das, der Voraussetzung nach entgegenstehende Non-Factum hat, wie gesagt, die natürliche Vermuthung für sich, und muß in Ermangelung eines Beweises auf ein und anderer Seite im Zweifel für wahr gehalten werden.

Allein die Behauptungen stehen nicht immer in diesem Verhältnisse. Es zerfällt nämlich manchmal das Gebieth des Möglichen nur in zwei gleich eng begränzte Sphären, so daß Alles, was aus der Einen ausgeschlossen wird, nothwendig in die Andere gehört. Beim Eintritt dieser Voraussetzung behauptet der Widersprechende durch seinen Widerspruch ein gerade so bestimmtes Factum als sein Gegner, und er kann demnach jene Vermuthung nicht für sich geltend machen, welche demjenigen zu Statten kommt, der sich nur auf ein Non-Factum beruft. (Siehe oben §. 9 und 25.) Hier steht dann Behauptung und Widerspruch ganz gleichartig gegeneinander; Factum gegen Factum; Eines so zweifelhaft und beweisbedürftig wie das Andere. — Hier liegt es in der Natur der Sache, daß keiner von den sich widersprechenden Behauptungen an und für sich ein größerer Glaube geschenkt, daß aber auch keine derselben von vorne herein für unwahr gehalten werden dürfe.

Diese Ausnahmsfälle hätten vom Herrn Prof. Fischer um so weniger übersehen werden sollen, da der von ihm so warm vertheidigte Grundsatz, daß die Behauptung des Widersprechenden ohne Beweis nicht für wahr angesehen werden darf, gerade in diesen Fällen, und nur in diesen Fäl-

len gilt; und da die Textirung des §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) Ger. Ord. nur mit Rücksicht auf diese Fälle erklärt und gerechtfertiget werden kann. — Das Gesetz hat nämlich die Regel, als ob das widersprochene und unbewiesene Factum geradezu für unwahr gehalten werden müßte, bloß aus dem Grund nicht aufgestellt, weil es ausnahmsweise solche Fälle gibt, in welchen beide Parteien ein ganz bestimmtes Factum vertheidigen; wo dann keine der entgegenstehenden Behauptungen ohne Beweis für wahr, und folglich auch keine derselben von vorneherein für unwahr gehalten werden darf *).

---

*) Daß der §. **104** der allg. (§. **170** der gal.) G. O. wirklich dem erwähnten Mißverständnisse, als ob die Behauptung des Widersprechenden immer für wahr zu halten wäre, begegnen wollte, zeigt schon die etwas wunderliche Stellung, welche daselbst dem „nicht“ in den Worten „für wahr nicht zu halten“ angewiesen wurde. Es wäre offenbar viel natürlicher und dem Sprachgebrauche angemessener gewesen, nachdem der Beweis des widersprochenen Factums anbefohlen worden war, zu sagen: „widrigens ist dasselbe nicht für wahr zu halten.“ Allein in solcher Stellung hätten diese Worte bei oberflächlicher Betrachtung leicht so aufgenommen werden können, als ob sie sagten, das unbewiesene und widersprochene Factum sey ohneweiters für unwahr zu halten, was doch der Gesetzgeber aus den oben angeführten Gründen nicht sagen wollte; und eben deßhalb wurde jene Wortfügung gewählt, welche zwar etwas fremdartig klingt, aber auch jede falsche Deutung unmöglich macht. — Man sieht hieraus, daß der Gesetzgeber Österreichs in das feinste Detail seiner Aufgabe eingedrungen war, und daß er auch die Kunst besaß, die Resultate einer ganz gediegenen, nach

## §. 33.

### Fortsetzung.

2) Nicht glücklicher ist die Frage behandelt: ob Derjenige, der etwas Thatsächliches, es sey affirmativ oder negativ, im Processe anführt, es zu beweisen habe, um ein obsiegliches Urtheil zu erhalten?

Herr Professor Fischer ist der Meinung, daß diese Frage sich in der Gerichtsordnung nicht beantwortet finde, und daß sie auch gar nicht dahin gehöre, sondern aus dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden sey. — „Denn" — sagt er — „sobald es nach den Grundsätzen des gerichtlichen Verfahrens feststeht, daß nichts Thatsächliches, es sey bejahend „oder verneinend, ohne einen von dem Gesetze gebilligten „Wahrheitsgrund richterlicher Seits als wahr angenommen „werden kann, so komme es nur darauf an, ob das streitige Factum oder Non-Factum auf die concrete Streitsache „von Einfluß ist, also die Entscheidung derselben anders aus„zufallen hat, wenn jenes Factum oder Non-Factum zur recht„lichen Gewißheit gebracht wird, und wieder anders, wenn „es rechtlich ungewiß bleibt. Dieß sey eine Frage des bür„gerlichen Rechtes, durch welches die factischen Merkmale „bestimmt werden, welche zusammentreffen müssen, damit ein „Recht entstehen, oder das entstandene wieder aufgehoben „werden könne" *).

---

allen Seiten hin abgeschlossenen Theorie mit unübertrefflicher Sicherheit in wenigen Worten auszusprechen.

*) Sieh die oben angezogene Abhandlung. S. 51.

Hierzu ist nun gar mancherlei zu bemerken:

a) Es erscheint diese Ansicht schon darum als höchst bedenklich, weil sie sich auf die Voraussetzung stützt, daß nichts Thatsächliches, es sey bejahend oder verneinend, ohne Beweis oder ohne eine dafür streitende specielle Vermuthung vom Richter für wahr angenommen werden dürfe; eine Voraussetzung, welche, wie wir umständlich gezeigt haben, offenbar irrthümlich ist. — Allein

b) auch abgesehen von diesem Übelstande, welcher Fischer's Ansicht schon von vorneherein gar sehr verdächtiget, ist es geradezu falsch, daß die Frage, wer beweisen müsse, um ein obsiegliches Urtheil zu erhalten, nicht in der Gerichtsordnung, sondern in dem bürgerlichen Rechte ihre Entscheidung finde. — Wenn man das österreichische bürgerliche Gesetzbuch aus diesem Gesichtspunkte durchgeht, so wird man darin nur wenige Fälle finden, für welche über jene Frage entweder ausdrücklich oder durch Aufstellung einer, von der Beweislast befreienden Vermuthung entschieden wird. Abgesehen von diesen seltenen Ausnahmsfällen gibt unser Gesetzbuch nur im Allgemeinen die Bedingungen an, von welchen die Entstehung, Fortdauer und Aufhebung der Rechte abhängt. Es beschränkt sich darauf zu bestimmen, daß ein gewisser Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes entscheidend und folglich Gegenstand der Beweislast sey; es beantwortet hierdurch eine das Object der Beweisführung betreffende Vorfrage, welche auf die wirkliche Vertheilung der Beweislast nur mittelbaren Einfluß nimmt, ohne über das Subject der Beweislast, — über die Frage: Wer hat zu beweisen? unmittelbar zu entscheiden.

Wenn z. B. der §. 96 des b. G. B. erklärte: das Recht, auf Ungiltigerklärung des Ehevertrages wegen eines obwaltenden Privat-Ehehindernisses zu dringen, gebühre nur dem schuldlosen Theile, so ist hierdurch nur soviel ausgemacht, daß im Processe über die Ungiltigkeit der Ehe die Frage, ob der Kläger schuldlos sey oder nicht, als entscheidend betrachtet werden müsse; es ist nur das Object der Beweislast bestimmt. Nun behauptet aber in dem angenommenen Falle natürlicher Weise der klagende Ehetheil seine Schuldlosigkeit, während der Geklagte eine, dem Gegentheile zur Last fallende, Schuld vorschützt. — Nur eine von beiden Parteien kann verpflichtet seyn, Vorbeweis über ihre Angabe herzustellen, und alles kommt auf die Bestimmung dieses beweispflichtigen Subjectes an. Denn diejenige Partei, welcher der Vorbeweis obliegt, muß denselben liefern, um ein obsiegliches Urtheil zu erhalten; der Gegentheil hingegen kann Sieger werden, wenn er gleich keinen Beweis über seine dießfällige Behauptung herzustellen vermag. Über das Subject der Beweislast aber enthält der §. 96 des a. b. G. B. keine nähere Andeutung; und so wird man im Allgemeinen finden, daß aus dem bürgerlichen Rechte die Frage, wer zu beweisen habe, um ein obsiegliches Urtheil zu erwirken, in der Regel nicht beantwortet werden könne. Der Irrthum Fischer's erklärt sich nur daraus, daß dieser sonst so scharfsinnige Gelehrte den wichtigen Unterschied zwischen dem reinen Objecte und dem Subjecte der Beweislast zu wenig beachtete, und daß er von der höchsten Aufgabe der Lehre von der Beweislast eine ungenügende Vorstellung hatte.

c) Soll die Frage: wer zu beweisen habe, um ein obsiegliches Urtheil zu erhalten, nicht ungelöset bleiben, so muß

die Beantwortung derselben, welche das bürgerliche Recht nicht liefert, in den Proceßgesetzen gefunden werden können, weil es sonst in dem ganzen Umfange unserer Civilgesetzgebung gar keinen verläßlichen Anhaltspunct für die Materie der Beweislast gäbe. Diese Rücksicht nöthigt uns, den §. 104 der allgem. (§. 170 der gal.) G. O. als die Hauptentscheidungsquelle für unseren Gegenstand um so mehr anzusehen, da sich dort der Gesetzgeber offenbar über das Subject der Beweislast in einer allgemeinen Regel aussprechen will. Dann aber müssen wir die Art und Weise, auf welche Herr Prof. Fischer diese entscheidende Stelle zu deuten versucht, auf das Bestimmteste verwerfen, weil durch diese Auslegung der als oberstes Princip hingestellte Satz: **Factum alleganti incumbit probatio** zu einer leeren Frase, zu einer nichts sagenden Floskel herabgewürdigt wird, von welcher durchaus kein Gebrauch gemacht werden kann.

Wollte der §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. wirklich nichts Anderes aussagen, als daß jede Partei ihre auf die geschichtliche Grundlage des Processes bezüglichen Behauptungen zu beweisen habe, ohne Unterschied, ob diese Behauptungen affirmativ oder negativ seyen, ob sie ein Factum oder Non-Factum, den Eintritt oder Nichteintritt einer Ereignung bekräftigen, so hätten wir gar keine annehmbare Regel für die Vertheilung der Beweislast. Der Satz, welchen der Gesetzgeber an die Spitze der Beweistheorie stellt, wäre der platteste und gehaltloseste Waidspruch, welcher zur Beirrung der juridischen Welt hätte ersonnen werden können. Denn überall, wo vom Beweise die Rede ist, handelt es sich um einen streitigen Moment der geschichtlichen Grundlage des Processes, d. h. um einen solchen Moment, über welchen die streitenden Theile Entgegengesetztes behaupten. —

Wenn nämlich der Kläger sein Recht aus einer bejahenden Behauptung ableitet, so beruft sich der widersprechende Geklagte zum Behufe seiner Befreiung von dem in der Klage gestellten Anspruche auf die entgegenstehende verneinende Behauptung (welche ausnahmsweise allerdings auch eine Bejahung in sich enthalten kann), und wenn der Kläger seinen Anspruch aus dem Nichteintritte einer Ereignung ableitet (z. B. aus der langen Nichtausübung des Rechtes seines Gegners), so behauptet der widersprechende Geklagte zum Behufe seiner Befreiung den Eintritt jener Ereignung. Kurz in Rücksicht eines jeden streitigen Momentes der Proceßgeschichte liegen widersprechende Behauptungen beider Parteien vor, und es müßte, wenn die Regel des §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. im Sinne Fischer's zu verstehen wäre, über jeden Streitpunkt beiden Parteien zugleich der Beweis ihrer widersprechenden Behauptungen abgefordert werden. Daß aber dieß nicht angehe, werden unsere Gegner unbedenklich zugeben, wenn sie bedenken, daß ja immer einer und nur einer von beiden Parteien der erste oder Vorbeweis aufgelegt werden muß, und daß es in der Materie der Beweislast immer nur auf die Bestimmung jener einen Partei ankommt, welche bei sonstigem Rechtsnachtheile mit dem Beweise den Anfang zu machen hat.

Hierüber wollte der §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. eine zuverlässige Norm aufstellen, wenn er sagt: „Wer ein Factum anführt, der muß es beweisen," d. h. wenn über einen und denselben entscheidenden und an sich ungewissen Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes widersprechende Behauptungen vorliegen, so muß derjenige mit dem Vorbeweise den Anfang machen, welcher ein Fac-

tum im eigentlichen Sinne (eine realbejahende Behauptung) angeführt hat.

Diese Regel setzt voraus, daß eine realbejahende und eine realverneinende Behauptung über einen und denselben Streitpunct sich gegenüberstehen, so daß nur eine Partei ein Factum, die andere aber ein Non-Factum für sich anführt. Dieß ist denn allerdings auch der gewöhnliche Fall, in welchem der Satz: **Factum alleganti incumbit probatio** die Frage von der Beweislast genügend löst. Inzwischen gibt es, wie wir oben gesehen haben, ausnahmsweise auch solche Fälle, wo die beiderseits in ein und derselben Beziehung vorgebrachten Behauptungen den Charakter von realbejahenden Sätzen an sich haben, wo jede Partei sich auf ein Factum im eigentlichen Sinne beruft. Unter dieser Voraussetzung findet die Regel des §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. O. keine Anwendung, und es muß dann die Last des Beweises nach der natürlichen Stellung der Parteien im Processe vertheilt werden, welche erfordert, daß unter übrigens gleichen Umständen der Kläger als Angreifer mit dem Beweise den Anfang mache. Wir sind genöthigt, den Satz: **Actori incumbit probatio** neben der Regel: **Factum alleganti incumbit probatio** als einen unentbehrlichen Aushilfesatz gelten zu lassen.

## §. 34.

### Beurtheilung der Schuster'schen Lehre über die Beweislast.

Herr Prof. Schuster, welcher schon in seinem Commentar über das allg. b. G. B. *) gelegentlich die Ansicht

*) I. Band. Prag 1818. §. 43. Nr. 7. S. 463.

ausgesprochen hatte, daß niemand verhalten werden könne, einen verneinenden Satz zu beweisen, hat in einem späteren Werke *) diese Behauptung vom Standpuncte der österreichischen Gesetzgebung schärfer zu beleuchten gesucht. Daß dieser geistvolle Schriftsteller, von der strengen (eigentlichen) Bedeutung des Wortes Factum ausgehend, in den Normen unserer Gerichtsordnungen den alten Grundsatz: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** erkannt habe, scheint keinem Zweifel zu unterliegen.

Er sagt nämlich **): „Im §. 104 heißt es, daß den Kläger oder Beklagten die Beweislast nur dann treffe, wenn „sie ein Factum angeführt haben; stützt daher Einer oder „der Andere, und wäre es auch der Kläger, seine Absicht „ganz oder zum Theile auf eine Verneinung, so kann „auch von ihm kein Beweis darüber gefordert werden.“

Zur Erläuterung dieser Ansicht werden dann folgende Fälle angeführt: „Wenn z. B. jemand seine Klage auf die „Leistung der bedungenen Geldstrafe richtet (§. 1336 a. b. „G. B.), weil der Schuldner den Vertrag in gehöriger Zeit „nicht erfüllt hat, so liegt dem Kläger nicht die Verbindlich„keit ob, zu beweisen, daß der Beklagte den Vertrag nicht „erfüllt habe; oder wenn jemand nach seinem verstorbenen „Bruder die gesetzliche Erbfolge anspricht, so hat er nicht „erst zu beweisen, daß der Bruder ohne letzten Willen oder „ohne Kinder zu hinterlassen verschieden sey ***);“ und dann:

---

*) Über das Baurecht, Verbiethungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten u. s. w. Prag 1819.

**) S. 212.

***) Ebenda.

„Wenn . . . . der Verpflichtete sich auf die Verjährung, „gleichviel ob gegen ein persönliches Klagerecht wie z. B. aus „einem Darleihen, oder gegen ein dingliches Recht wie z. B. „aus der bestellten Dienstbarkeit des Weiderechtes, beruft, „und der Berechtigte vorschützt, er habe entweder während des „Zeitraumes von 30 Jahren die Forderung eingemahnt, und „der Schuldner habe sich zu derselben bekannt (§. 1497 a. b. „G. B.), oder er habe inzwischen die Dienstbarkeit ausgeübt, „so wird die Beweislast in beiden Fällen den Letzteren treffen, „denn er beruft sich auf eine Thatsache (Factum)."

Man sieht, daß hier überall Derjenige, welcher ein Factum im eigentlichen Sinne anführt (der **affirmans**), demjenigen, welcher das Factum verneint (**factum neganti**), mithin ein Non-Factum anführt, geradezu entgegengehalten, und daß auf Grundlage dieses Unterschiedes die Last des Vorbeweises nur dem Ersteren aufgelegt wird. Die Regel: **Factum alleganti incumbit probatio**, welche unsere Gerichtsordnungen unmittelbar aussprechen, stellt sich durch eine richtige Auffassung des Wortes Factum als eine andere Formel des Grundsatzes: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** dar, und wird auf das Bestimmteste in diesem Sinne angewendet.

Herr Professor Schuster stellt zwar im Fortgange seiner Untersuchung drei Fälle auf, in welchen nach seiner Meinung der **negans factum** dennoch zum Beweise verpflichtet seyn soll, nämlich: 1) wenn ein Theil die angeführte Thatsache bewiesen hat, und der Gegner dieselbe verneint; 2) wenn die ursprüngliche Rechtsentstehung von dem Nichtseyn eines Umstandes abhängt; und 3) wenn die Verneinung nur unter Voraussetzung eines zuvorgegangenen Ereignisses als wahr gedacht werden kann. — Auf den ersten Anblick scheinen diese Fälle das von Schuster verthei-

digte Princip gänzlich zu vernichten; bei näherer Betrachtung aber verlieren sie dieses Ansehen, indem sich zeigt, daß in denselben entweder die Last des Beweises nur scheinbar den Verneinenden trifft; oder daß Schuster's Entscheidung dort, wo er wirklich den negans factum zum Vorbeweis über seine Negation anhalten will, mit anderen anerkannt richtigen Entscheidungen ähnlicher Fälle im Wiederspruche steht, und daher aus guten Gründen für fehlerhaft gehalten wird.

**Ad** 1) Der erste Fall, in welchem nach der Ansicht unseres Schriftstellers die Last des Beweises den Verneinenden treffen soll, ist also: wenn der Kläger oder Beklagte die angeführte Thatsache (das heißt hier wohl ein Factum im eigentlichen Sinne) bewiesen hat, und der Gegner dieselbe verneint. Unter dieser Voraussetzung wird nämlich der Letztere die Verneinung darthun müssen, damit durch diesen Beweis des Nein, der über das Ja bereits hergestellte Beweis entkräftet werde. — Obgleich dieß nun vollkommen richtig ist, so hätte doch nicht übersehen werden sollen, daß es sich unter dieser Voraussetzung gar nicht um die Last des Beweises handle. Die Frage über das **onus probandi** geht nämlich immer dahin, wer den Vorbeweis liefern müsse, wenn beide Parteien über einen und denselben entscheidenden Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes entgegengesetzte Bestimmungen angebracht haben. In dem vorliegenden Falle aber hat eben der Bejahende den Vorbeweis bereits geliefert, die Last des Beweises getragen. Nach hergestelltem Hauptbeweis über die bejahende Behauptung wird zwar nach allgemein anerkannten Grundsätzen auch der Verneinende zum Gegenbeweis zugelassen. Dieß pflegt man aber als eine Begünstigung, und nicht als eine Last des Verneinenden anzusehen, indem unter **onus probandi** ausschließlich die allerdings beschwerli-

Verpflichtung, mit dem Vorbeweise den Anfang zu machen, verstanden wird. Der erste von Schuster angeführte Ausnahmsfall ist also weit entfernt, dem Grundsatze: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** störend in den Weg zu treten.

**Ad** 3) Ein ähnliches Bewandtniß hat es mit dem zuletzt angeführten Falle, wo nämlich die Verneinung, wie Schuster sich ausdrückt, von solcher Beschaffenheit ist, daß sie nur unter Voraussetzung eines zuvorgegangenen thatsächlichen (?) Ereignisses als wahr gedacht werden kann; kurz wo der formell verneinende Satz der Sache nach affirmirt, d h. realbejahend ist. — Denn wenn eine solche Scheinverneinung, welche eigentlich eine Bejahung in sich enthält, Denjenigen, der sich darauf beruft, zum Vorbeweise verbindet, so ist dieß keine Ausnahme von unserem Principe, sondern vielmehr eine aus demselben fließende Folgerung. — Die Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** bezieht sich nämlich, richtig verstanden, gar nicht auf die bloß logische Form der Sätze, sondern bürdet nur dem in Wahrheit Bejahenden die Last des Beweises auf, und spricht Denjenigen von dieser Last frei, welcher eine realnegative Behauptung vorbringt.

Wie nahe Herr Professor Schuster mit unserer Ansicht über realbejahende und realverneinende Sätze in ihrem Verhältniß zur Last des Beweises zusammentrifft, ist aus folgender Stelle zu entnehmen: „Wer . . . . . . . verneint, daß Jemand noch am Leben sey, oder den Gebrauch „der Vernunft besitze; daß derselbe noch immer Eigenthümer oder Besitzer einer Sache sey, oder daß er die Sache, „die er besitzt, noch immer mit gutem Gewissen besitze, ferner „daß ein bestandenes Wesen nicht mehr bestehen, oder seine

„natürlichen Eigenschaften wieder verloren habe: muß auch „diese Verneinung beweisen; denn er behauptet ja wirklich „etwas Thatsächliches, nämlich Tod, Wahnsinn, Verlust des „Eigenthums und Besitzes, böses Gewissen, Untergang der „Sache oder wenigstens wesentliche in derselben vorgegan-„gene Veränderungen, welches Alles doch offenbar Veran-„lassungen, folglich etwas Thatsächliches voraussetzt, und „daher auch nach der allgemeinen Regel bewiesen werden „muß. Ich habe diese Verneinung eine uneigentliche genannt, „weil sich bey genauer Erforschung ergibt, daß sie eine „wirkliche Bejahung in sich schließt" *).

Derlei Verneinungen schließen nun freilich eine Bejahung in sich, denn Sie setzen durchgehends Ereignungen oder Veränderungen, als: den Tod, den Verlust des Eigenthumes, des Besitzes, den Untergang der Sache oder wesentliche Veränderungen derselben, eine Störung der natürlichen Geistesfähigkeiten (deren Vorhandenseyn immer vermuthet wird), endlich den Eintritt solcher Umstände, aus denen der bisherige redliche Besitzer weiß oder vermuthen muß, daß die besessene Sache nicht sein Eigenthum sey; kurz lauter Facta im eigentlichen Sinne, deren Behauptung man in der Beweistheorie mit Recht als wahre Bejahungen betrachtet **). — Diese beiden (ad 1 und 3) von Schuster

*) A. a. O. S. 248.

**) Aus der angezogenen Stelle läßt sich entnehmen, daß Herr Professor Schuster, obschon dem richtigen Verständnisse über die ganze Sache ziemlich nahe, dennoch zu einer klaren Vorstellung von der eigentlichen Bedeutung des Wortes Factum und von dem wesentlichen Unterschiede zwischen realbejahenden und realverneinenden Sätzen nicht durchgedrungen

berührten Fälle enthalten, wie gesagt, keine wahren Ausnahmen von der Regel: **Affirmanti, non neganti incumbit**

---

war. Dieß zeigt schon der Gebrauch des unbestimmteren Wortes „Thatsache und Thatsächliches“, wo das Gesetz den viel bestimmteren Ausdruck „Factum“ anwendet. — Viel zu allgemein ist ferner der Satz hingestellt: als ob derjenige, welcher den Wahnsinn eines Subjectes behauptet, hierüber jederzeit den Vorbeweis liefern müßte. — Ganz unklar gedacht ist der beigefügte Grund: weil der Wahnsinn etwas Thatsächliches sey. Denn soll hier das Thatsächliche im weiteren Sinne genommen werden, wo es jeden unmittelbaren oder mittelbaren Gegenstand der Erfahrung umfaßt, so kann man jenen Grund nicht gelten lassen, weil in diesem Sinne die Gesundheit des Geistes eben so thatsächlich ist als die Geisteskrankheit, so daß aus diesem Gesichtspunkte diejenige Partei, welche den vom Gegner behaupteten Wahnsinn widerspricht, mit demselben Rechte zum Vorbeweise angehalten werden müßte. Geht aber Schuster's Meinung dahin, der Wahnsinn sey ein Factum im eigentlichen Sinne, oder derjenige, welcher den Wahnsinn einer Person behauptet, berufe sich damit immer auf ein factum sensu stricto, so ist dieß, so allgemein gesprochen, abermals unrichtig. Denn es wird zwar in der Regel vermuthet, daß Jedermann von der Natur mit den gewöhnlichen Geistesgaben ausgerüstet sey. Die Behauptung, ein gewisses Subject sey in dieser Beziehung mit einem wesentlichen Gebrechen (Raserei, Wahnsinn, Blödsinn) behaftet, streitet gegen jene Vermuthung, und muß deßhalb in der Regel bewiesen werden. (§. 566 a. b. G. B). Raserei und Wahnsinn insbesondere kommen wohl nicht als angeborne Fehler vor, sondern sind das Ergebniß ungewöhnlicher Ereignungen und insofern selbst Facta im eigentlichen Sinne. — Hatte aber Jemand erwiesener Maßen den Gebrauch des Ver-

probatio. Denn in dem Ersteren wird der negans factum nur zur Herstellung eines Gegenbeweises wider den von seinem Gegner bereits gelieferten Vorbeweis angewiesen; und in dem Letzteren soll zwar der Vorbeweis über eine negatio geliefert werden, bei näherer Betrachtung aber zeigt sich, daß es sich hier doch nur um eine Scheinverneinung, folglich in Wahrheit nur um eine Bejahung handelt.

Ad 2) Es soll aber nach der Meinung des Herrn Professors Schuster der Fall, daß eine Verneinung bewiesen werden muß, auch dann eintreten: „wenn die ursprüngliche Rechtsentstehung von dem Nichtseyn eines Umstandes, „also von einer verneinenden Bedingung abhängt, gleichviel „ob ein Gesetz, ein Vertrag oder ein letzter Wille diese bedingte Entstehung begründet. — Dem Gesetzbuche zu Folge tritt die bedingte Entstehung z. B. in dem Falle des „§. 1431 ein; denn dieser gewährt einem Zahlungsleistenden

---

standes verloren, und wird nun behauptet, derselbe sey nachmals zu einer gewissen Zeit wieder bei voller Besonnenheit gewesen, so liegt nun nicht demjenigen, welcher die Fortdauer der Geistesunfähigkeit, sondern demjenigen, welcher das Aufhören derselben behauptet, ob, diese Behauptung außer Zweifel zu setzen (§. 567 a. b. G. B.); weil sich der Erstere auf die unveränderte Fortdauer des einmal als vorhanden anerkannten Zustandes, mithin auf ein Non = Factum; der Letztere aber auf eine Veränderung des bisherigen Zustandes, folglich auf ein Factum im eigentlichen Sinne beruft. Kurz, die Behauptung, daß Jemand an einem Geistesgebrechen leide, oder zu einer gewissen Zeit gelitten habe, enthält durchaus nicht immer die Behauptung eines Factums in sich, und verbindet also auch den Behauptenden nicht immer zum Vorbeweise.

„das Recht, das Bezahlte zurückzufordern, falls das Gelei-
„stete eine Nichtschuld war *). Ein Vertrag oder ein letzter
„Wille begründet die bedingte Entstehung z. B. dann, wenn
„dem **A** ein Betrag auf den Fall zugesagt oder vermacht
„wird, wenn gewisse Umstände nicht eintreffen sollten, als:
„wofern **B** sich binnen drei Jahren nicht verehelichen, nicht
„sterben, oder in sein Vaterland nicht zurückkehren wird“ **).

Wäre es wahr, daß alle diese, als Bedingungen der ursprünglichen Rechtsentstehung gesetzten Negativen von Demjenigen, der sich darauf beruft, durch Vorbeweis gewiß gemacht werden müssen, so würde freilich unser Princip zu Schanden werden. Um consequent zu seyn, müßte man dann noch einen Schritt weiter gehen, und die **probatio negativae** auch in allen jenen Fällen fordern, wo das Fortbestehen oder die Erlöschung der Rechte durch Willkür der Parteien oder durch Anordnung des Gesetzes von negativen Bedingungen abhängig gemacht ist. Wer sich die practischen Ergebnisse eines solchen Vorganges durch folgerichtige Anwendung auf die gewöhnlichsten Verhältnisse des Geschäftslebens klar machen will, wird sich von der Fehlerhaftigkeit desselben gar bald überzeugen. Ich habe oben (§§. 17—20) zur Evidenz dargethan, daß negative Bedingungen, von welchen die Entstehung, Fortdauer oder Erlöschung der Rechte abhängt, Denjenigen, der sich

*) Dieß ist kein glücklich gewähltes Beispiel; denn der Zurückfordernde muß die Nichtschuld aus dem Grunde beweisen, weil gegen ihn die Vermuthung streitet, daß er die Zahlung nicht unbesonnen geleistet habe. **Praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Fr. 25. Dig. De prob. et praes. (22, 3.)**

**) Ebenda S. 246.

darauf beruft, keineswegs zur Herstellung des Vorbeweises verpflichten, und daß sowohl das natürliche Rechtsgefühl als die übereinstimmende Übung der praktischen Welt von einer solchen Verpflichtung im Allgemeinen gar nichts weiß. Dort wurden zwar einige singuläre Fälle bemerklich gemacht, in welchen das Rechtsgefühl der Praktiker, durch einen allerdings täuschenden Schein und durch gewisse Autoritäten verleitet, eine **probatio negativae** zu fordern scheint, und wo sich im wirklichen Leben die Meinungen über die Beweislast zum mindesten theilen dürften. Allein eine unbefangene Vergleichung dieser zweifelhaften Fälle mit den zunächst ähnlichen, in welchen ein Beweis über den Eintritt negativer Bedingungen nicht gefordert wird, hat jenen falschen Schein zerstreut, und die Kraft jener ohnehin zweifelhaften Autoritäten vernichtet; so daß auch von dieser Seite das Princip: **Affirmanti, non neganti incumbit probatio** siegreich hervorgeht.

## §. 35.

### Uebersicht der gewonnenen Resultate.

Das im Verlaufe dieser Abhandlung hervorgekommene Resultat kann demnach schließlich aus dem Standpunkte der vaterländischen Gerichtsordnungen in folgenden, höchst einfachen Sätzen zusammengefaßt werden:

1. Wenn von den streitenden Parteien über einen und denselben, an sich ungewissen und entscheidenden Moment in der geschichtlichen Grundlage des Processes Entgegengesetztes be-

hauptet wird: so hat in der Regel derjenige den ersten oder Vorbeweis zu liefern, welcher ein Factum (im eigentlichen Sinne) angeführt hat. (§. 104 der allg. §. 170 der gal. G. O.)

2. Die richtige Anwendung dieser Regel, welche das oberste Princip der Lehre von der Beweislast darstellt, setzt eine genaue Kenntniß der eigentlichen Bedeutung des Wortes „Factum“ voraus, so wie wir dieselbe oben (§. 5) kennen gelernt haben.

3. Der Grundsatz: **Factum alleganti incumbit probatio** ist nur Regel. Die Ausnahmen davon bilden alle jene gesetzlichen Anordnungen, nach welchen in speciellen Fällen ein Factum im eigentlichen Sinne vermuthet wird. Denn die vom Gesetze insbesondere ausgesprochene Vermuthung befreit denjenigen, für welchen sie streitet, vom Vorbeweise; so daß der Gegner desselben mit seinem Beweise (einem Analogon des Gegenbeweises) bei sonstigem Rechtsnachtheile den Anfang machen muß. (§. 105 der allg., §. 171 der gal. G. O.)

4. Das in unseren Gerichtsordnungen aufgestellte oberste Princip der Beweislast erreicht die Grenzen seiner Anwendbarkeit in jenen seltneren Fällen, wo beide Parteien in ein und derselben Beziehung ein Factum im eigentlichen Sinne angeführt haben.

5. In diesen Fällen muß die Beweislast nach der natürlichen Stellung der Parteien im Processe vertheilt werden, welche es mit sich bringt, daß unter übrigens gleichen Umständen der Kläger als angreifender Theil zuerst beweise. — Die Regel: **Actori iucumbit probatio** ist also ein unentbehrlicher, in der Natur der Sache und in dem Systeme unserer Gerichtsordnung gegründeter Hilfssatz, durch welchen, in Verbindung mit dem obersten Princip der Beweislast, die Frage: Wer zu beweisen habe, immer und überall genügend bestimmt wird.

Gedruckt bei A. Strauß's sel. Witwe.

Fremd